

MIGUEL ALEXANDRE CALADO DE ALBUQUERQUE E AZEVEDO MOURA

OS LIMITES DA VINCULAÇÃO UNILATERAL

a promessa (unilateral) no direito civil

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Doutor em Direito, na
especialidade de Direito Privado.

Orientado por

Doutor VÍTOR PEREIRA DAS NEVES, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

[fevereiro de 2018]

DECLARAÇÃO ANTI-PLÁGIO

Nos termos do artigo 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e demais efeitos legais, declaro, sob compromisso de honra, que a dissertação de doutoramento seguidamente apresentada é da minha exclusiva autoria, fazendo notar que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada nos locais adequados.

Lisboa, 22 de fevereiro de 2018

O autor,

MIGUEL AZEVEDO MOURA

À memória do meu Avô Alberto

AGRADECIMENTOS

AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS

A presente dissertação de doutoramento finda o 3.º ciclo de estudos que iniciei em 2010 na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, instituição na qual tive a oportunidade e o orgulho de ter completado o 1.º e o 2.º ciclo. Um vivaz agradecimento, em especial, a todos os seus professores, funcionários e colaboradores, pelo apoio institucional, académico e pessoal que me deram durante este longo período.

Entre janeiro de 2011 e dezembro de 2014 fui bolseiro da Fundação para a Ciência e Tecnologia – agradeço o apoio financeiro que me foi concedido para a execução dos trabalhos previstos.

Durante a fase de investigação tive oportunidade de fazer duas deslocações fora do país. À *Bodleian Law Library (Oxford University)* e ao *Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Privatrecht*, um obrigado pelo acesso a toda a documentação que me foi conferido.

Aos AAA Advogados – ilustres colegas e amigos – em especial, nas pessoas da Dra. Dulce Franco e Dra. Gabriela Rodrigues Martins, um franco agradecimento pelo incentivo e por todo o carinho que me deram – e dão.

AGRADECIMENTOS PESSOAIS

O tema da presente dissertação nasceu de uma discussão académica que tive há alguns anos com o Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Os seus sábios conhecimentos e as suas teses vanguardistas que sempre me fascinaram constituíram o mote: um destacado agradecimento.

Deixo também uma nota de agradecimento especial ao Professor Doutor Rui Pinto Duarte, um dos principais impulsionadores deste desafio, e à Professora

Doutora Margarida Lima Rego, por todos os incentivos, ensinamentos e contributos académicos.

Ao meu mestre, orientador e, acima de tudo, amigo, Professor Doutor Vítor Pereira das Neves, pela transferência dos seus doutos e mágicos conhecimentos, e pelo longo acompanhamento intelectual e pessoal que durante estes anos tive – e tenho – o privilégio de receber.

A toda a minha família e amigos, em especial, à minha Mãe, ao meu Pai e Avós, pelo incondicional e sempre presente apoio, motivação e carinho que obtive nos bons, mas principalmente nos maus momentos.

Finalmente, à minha mulher, Mariana, por isso tudo e muito mais.

Miguel Azevedo Moura

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

Ao longo do texto as citações apresentadas são feitas, em primeiro lugar, com a referência a um ou dois apelidos do(s) autor(es); nos casos de autores com o mesmo apelido, é mencionada a primeira letra do nome próprio de um dos autores. O nome é precedido do título da obra que, em alguns casos, se encontra abreviado. Se aplicável, os tomos e/ou volumes serão seguidamente identificados, antes da menção da(s) página(s). No índice bibliográfico, após cada referência, está indicada entre parêntesis a forma como a obra é citada no corpo do texto.

As citações de monografias, artigos publicados em revistas ou obras coletivas são feitas de acordo com o sistema tradicional português. O apelido é sempre identificado e, se conhecido, também será, pelo menos, o primeiro nome. Em seguida, indica-se a referência completa do título, o local de publicação (monografias), a editora (monografias), e o ano; nos artigos publicados em revistas ou obras coletivas, é igualmente indicada a primeira página da obra. As citações de jurisprudência nacionais e estrangeiras são citadas de acordo com os usos de cada país, facilitando o processo de pesquisa por qualquer interessado. Mais indicações sobre o modo de citar serão encontradas nos respetivos índices.

Salvo indicação em contrário, todas as traduções são da minha autoria.

A presente dissertação segue as regras de ortografia que, em fevereiro de 2018, se encontravam em vigor em Portugal. As transcrições nacionais obedecem à ortografia em vigor à época em que foram escritas. A utilização do latim e de outras línguas estrangeiras é sempre feita em itálico e, quando necessário, traduzidas para o português.

Exceto quando se pretenda evidenciar uma certa obra – facto expressamente mencionado durante o texto – sempre que se citem vários autores na mesma nota com referência ao mesmo elemento, a opção que foi tomada é a da aleatoriedade. Não se seguiu – conscientemente – uma gradação de relevância ou uma identificação por ordem alfabética. Penso que esta última, aparentemente neutra,

acaba por subconscientemente afetar o leitor, ligando a ideia à obra cujo apelido do autor se encontra em primeiro lugar.

As referências aos diplomas legais dizem respeito às respectivas versões em vigor em fevereiro de 2018, salvo declaração expressa em contrário.

ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS

a.C.	antes de CRISTO	CSC	Código das Sociedades Comerciais português
al.	alínea	D.	<i>Digesta</i>
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa	DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
AAVV	<i>Autori Vari</i>	DL	Decreto-lei
ABGB	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichuschen Monarchie)</i>	ed.	edição, editado por
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten</i>	<i>et. al.</i>	<i>et alia</i>
ATF	<i>Tribunal Fédérale (Suisse)</i>	ex.	exemplo
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	FCT	Fundação para a Ciência e Tecnologia
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>	FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça	<i>Giur. it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> 1992 (código civil holandês)	<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>
Cap.	Capítulo	<i>i. e.</i>	<i>id est</i>
Cass.	<i>Corte Suprema di Cassazione</i>	<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
CC	Código Civil português	IOU	“I owe you” (<i>acknowledgement of debt</i>)
CCB	Código Civil brasileiro	L.J.	<i>Law judge</i>
col.	coleção, coletânea	LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
COS	<i>Code des obligations suisse</i>	LGT	Lei Geral Tributária
CPC	Código de Processo Civil português	<i>loc. cit.</i>	<i>locus citatum</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa	LULL	Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças
CRPr	Código do Registo Predial português	Mass.	Massachusetts
		MPI	Max-Planck-Institute
		n.º	número(s)
		NYU	New York University

OA	Ordem dos Advogados Portuguesa	ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ONG	Organização Não-Governamental	STA	Supremo Tribunal Administrativo
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>	STJ	Supremo Tribunal de Justiça
org.	organização / organizado por	TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
policop.	– policopiado	trad.	tradução
proc.	processo	TER	Tribunal da Relação de Évora
QI	Quociente de Inteligência	TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
RDC	<i>Rivista di diritto e procedura civile</i>	TRP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão	UCD	University of California Davis
Rep.	<i>Reports</i>	UCP	Universidade Católica Portuguesa
rev.	revisto, revisão	UTET	Unione Tipografico-Editrice Torinese
RG	<i>Reichsgericht</i>	v.	<i>versus</i>
RGICSF	Regime Geral das instituições de Crédito e Sociedades Financeiras	ver.	versículo
RJCE	Regime Jurídico do Comércio Eletrónico	vol.	Volume

LEGENDA DE SÍMBOLOS RELEVANTES

(Ag)	Representante	(v/f)	teste de veracidade
(Be)	Beneficiário: aquele que recebe o benefício prometido		(verdadeiro/falso)
(cd)	Condição; evento futuro e incerto	(y)	circunstância, acontecimento
(dp)	Declaração promissória; declaração negocial com vista à formação de vínculos obrigacionais	(z)	Ato prometido; também usado para representar o objeto da prestação. Em negócios promissórios bilaterais onerosos usa-se (x) para distinguir ambos os atos prometidos
(e)	Eficácia		
(k)	Cognoscibilidade, conhecimento	\exists	Existência
(P)	Promessa (<i>latu sensu</i>): negócio jurídico obrigacional (contrato ou promessa unilateral)	\wedge	Conjunção
(p)	Força ilocutória de <i>promessa</i>	\vee	Disjunção
(Pa)	Promissário: aquele sobre quem a promessa é feita	\neg	Negação, oposição
(Pi)	Representado	\rightarrow	Implicação
(Pt)	Promitente; aquele que promete	\leftrightarrow	Relação
(Pu)	Promessa unilateral; negócio jurídico unilateral obrigacional; espécie de (P)	\Leftrightarrow	Equivalência
(sq)	<i>Status quo</i>	\nleftrightarrow	Não-Equivalência
(t)	momento temporal	\supset	Contém
(v)	intencionalidade	\subset	Está contido

NOTA INTRODUTÓRIA

Promessa – noção socialmente aceite, ideia filosoficamente inócua, conceito juridicamente penumbroso.

A forma como a promessa – figura arcaica e multifacetada – se manifesta nas diferentes realidades em que é invocada não deixa dúvidas que ela representa a mais elementar partícula atómica geradora de relações obrigacionais, independentemente dos modelos discursivo-estruturais em que se insere. Em primeiro lugar, a sua “aceitabilidade social” funda-se numa consciência normativa coletiva historicamente desenvolvida e sedimentada que contamina, por um lado, relações sociais entre seres humanos e/ou entidades jurídicas e, por outro lado, relações humano-divinas. Em segundo lugar, a “inocuidade filosófica” jaz numa apatia concetual quanto às suas idiossincrasias elementares e que é balanceada – pelo mesmo peso e medida – através de um certo nervosismo poético relativamente a apanágios secundários sobre os quais se fomentam etéreas discussões que em nada resultam numa caracterização ontológica. E, por fim, quanto à sua unilateralidade intrínseca, a “penumbra jurídica” é realçada pela iconoclastia que os juristas atribuem ao anacrónico – mas ainda tão presente – princípio do contrato. Este intenso ufanismo é evidenciado nas duas grandes famílias jurídicas de forma aparentemente antagónica, mas efetivamente confluyente: nos ordenamentos de *common law*, através da desmistificação da figura e do papel da (*bare*) *promise* no quadro do *contract law*; nas famílias de *civil law*, através da mistificação do princípio *invito beneficium non datur* que, sob a égide de um regime jurídico baseado num sistema de *numerus clausus*, manietá eventuais aberturas à (auto-)vinculação unilateral¹.

¹ VAZ SERRA escreve que “seria perigosa pelas dificuldades práticas que daí proviriam quanto a distinguir a obrigação definitiva e séria da simples proposta de contrato ou de promessa não

Os motivos são de diversas índoles: alguns, sem justificações plausíveis; outros, meros resquícios históricos. Sensivelmente até ao jusnaturalismo racionalista, o problema da vinculação unilateral foi sempre um “*hot topic*”, quer no panorama do direito civil, quer no quadro do direito canónico. No direito intermédio, surge acoplado ao tema da *causa* e dos *pacta nuda*. No direito insular britânico – que reconheceu, numa primeira fase, a eficácia jurídica das promessas unilaterais –, foi perdendo fôlego à medida que a *doctrine of consideration* se enraizava e consumia a figura da *promise* no seio da então auto-proclamada *theory of contract*. Nas famílias romano-germânicas, é GROTIUS – alavancado por PUFENDORF – a quem se deve o ponto de charneira quanto ao hodierno paradigma sobre a natureza e o papel da promessa no âmbito das fontes voluntárias das obrigações, em particular, sobre a questão em torno da exigibilidade da aceitação do promissário como elemento constitutivo do vínculo.

Não há dúvida que o dogma do *consensus* contamina, há algum tempo, a teoria do negócio jurídico. O relato histórico não deixa esconder que, na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus continentais, o princípio do contrato – fundado no referido dogma – tal como foi teorizado pela pandectística alemã no período moderno, se assumiu como um dos principais protagonistas e alicerces da teoria do negócio jurídico (*hic*: de eficácia obrigacional), suportado pelos – e inversamente, dando suporte aos – princípios da autonomia privada e da liberdade negocial. A transferência da parcela de liberdade referida pelos jusnaturalistas *ultramontanus* foi paulatinamente contaminada pela aposição de uma condição de aceitabilidade que fez destoar o equilíbrio funcional entre a liberdade de se auto-vincular e a liberdade de não ser afetado por atos de terceiros, ainda que através da atribuição de um “benefício” – aquela liberdade cedeu, implacavelmente, perante esta. Nem as antigas ideologias aristotélico-tomistas, nem os impulsos de SIEGEL, VON KÜBEL e WORMS foram suficientemente fortes para travar a proliferação deste

deviamente ponderada” e que “a admissão do negócio unilateral como fonte de obrigações coloca o destinatário na necessidade de recusar, se não quiser ficar credor, e que não deve impor-se-lhe, em geral aquele encargo” (“Fontes das Obrigações”, pp. 211-2).

paradigma. Reflexamente, os atos promissórios de constituição estruturalmente unilaterais ficaram, de uma vez por todas², renegados a um regime-exceção concretizado por um “princípio de tipicidade”³ que, em Portugal, se encontra atualmente positivado no artigo 457.º do CC.

Desde muito cedo que os juristas embrionários se deparam no ensino universitário com o paradigma do contrato sem que, de uma forma cientificamente crítica, se questionem os motivos pelos quais o ordenamento jurídico limita a constituição de vínculos obrigacionais de forma voluntária e unilateral, nem tão-pouco se justifique, de forma adequada, a adoção desta corrente aparentemente irrepreensível quando acareada com as situações – ditas – admissíveis. No direito português, à semelhança dos restantes ordenamentos jurídicos de *civil law*, a teoria do negócio jurídico tem como pano de fundo a ideia segundo a qual as relações jurídicas interpessoais se fazem, regra geral, através de um discurso estruturalmente dialogante. Este facto evidencia o vincado simbolismo que representa a figura do contrato no âmbito dessa teoria geral, vilipendiando-se o negócio unilateral (em especial, de eficácia obrigacional) cuja apreciação científica é visível e assumidamente pouco significativa ao nível das fontes imediatas e mediatas⁴. Mas se é certo que cada vez mais os autores se começam a preocupar com a teorização de determinados atos ou negócios jurídicos

² Para desenvolvimentos, cfr. toda a discussão doutrinária apresentada no Capítulo I, *infra*.

³ No início do séc. XX discutiu-se em Portugal a existência, e consequente validade normativa, dos negócios jurídicos unilaterais no direito constituído. GUILHERME MOREIRA considerava que o ordenamento jurídico português era incompatível com a integração dos atos jurídicos unilaterais enquanto espécies de um género de constituição autónoma de obrigações jurídicas (*Instituições*, II, §35). Para o autor, o princípio do contrato compreenderia um largo espectro de aplicabilidade, abrangendo atos jurídicos de natureza promissória aparentemente não-contratual como, por exemplo, as promessas de recompensa que se tornariam revogáveis até à verificação do facto previsto. Essa ocorrência do facto contido na promessa de recompensa atuaria como se se tratasse (holograficamente) de uma “aceitação”. No mesmo sentido, embora com alguns afloramentos na argumentação, REIS MAIA, *Obrigações*, p. 23; contra GOUVEIA, *Obrigações*, p. 199.

⁴ Como refere PAIS DE VASCONCELOS, “os negócios unilaterais suscitam dificuldades teóricas num ambiente doutrinário habituado a pensar o negócio jurídico sob o paradigma do contrato” (*Teoria Geral*, p. 440).

unilaterais⁵, não deixa de ser igualmente verdade que, por um lado, a promessa unilateral ainda é vista como um parente pobre e esquecido na já consolidada temática das fontes obrigacionais baseadas na autonomia da vontade⁶ e, por outro lado, que ainda se está muito longe de uma teoria geral do negócio (*rectius*: ato) jurídico unilateral⁷.

Neste sentido, a tese que ora se propõe apresentar tem como tema principal a identificação e análise crítica dos limites impostos pelo sistema à promessa unilateral⁸ como fonte autónoma de obrigações no direito civil⁹. Quais as circunstâncias em que se “pode”¹⁰ assumir uma obrigação jurídica por via promissória perante outra pessoa sem o seu consentimento? Quais os fundamentos para a não-adoção de um regime de permissibilidade genérica de promessas unilaterais? Será o regime-exceção adequado aos fins pretendidos pelo ordenamento jurídico? Existe alguma coerência dogmática quanto aos casos “admitidos”? Como deve a autonomia privada adaptar-se ao princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia? É possível construir um regime

⁵ Veja-se, a título de exemplo e entre nós, as obras de MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação*, e de PAES DE VASCONCELOS, *A autorização*.

⁶ Cfr. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 11-2.

⁷ Nesta sede, já algum tempo que, entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA se tem pronunciado quanto a esta temática. Nas palavras do autor, “a dicotomia fundamental que separa, no campo negocial, os contratos dos negócios jurídicos unilaterais, deve ser tomada mesmo a sério. É necessário levar até às últimas consequências a consagração da figura do negócio jurídico, contrariando a tendência para desvalorizar e obscurecer os actos jurídicos unilaterais. Os princípios do contrato e da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais não devem ser exacerbados, mas contidos dentro de limites que, em nossa opinião, não são incompatíveis com um mais amplo elenco de negócios jurídicos unilaterais do que aquele que a doutrina dominante tem admitido”; e continua: “no direito português vigente, uma teoria geral dos contratos deve ter o seu complemento numa teoria geral dos actos jurídicos unilaterais. Uma e outra fazem falta na literatura nacional, porquanto a teoria do negócio jurídico está feita e bem feita” (*Contratos I*, pp. 25-6).

⁸ Por se tratar de uma análise a negócios jurídicos baseados em declarações promissórias, figuras como o testamento ou a doação a incapaz ficam de fora da delimitação positiva da presente tese.

⁹ Quando o projeto de tese foi apresentado, a ideia principal aí descrita consistia na análise crítica dos limites da vinculação unilateral na sua completude, isto é, auto-vinculação (promessa) e hétero-vinculação (ordem, instruções). Porém, dado o limite regulamentar de oitocentos mil caracteres, optei por abordar a promessa unilateral deixando para um segundo volume – em sede de pós-doutoramento – o estudo dos limites hétero-vinculativos.

¹⁰ Numa perspectiva de direito constituído e *de jure condendo*.

juridicamente coerente que consagre uma maior abertura a (auto-)vinculações unilaterais? Haverá motivos jurídicos, filosóficos, económicos – ou de outra índole – que justifiquem tal abertura? Estas são algumas das muitas questões (as principais) que proponho abordar. Na medida em que a promessa unilateral envolve uma multiplicidade de temas e sub-temas, o caminho seguido levar-nos-á ao encontro de problemas de nível estrutural do direito civil – passarei pelo quase eterno problema da *causa*, analisarei o princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia através de diversas perspetivas, abordarei diversas questões suscitadas pelo conceito jurídico-filosófico de promessa, debruçar-me-ei sobre alguns dos limites à autonomia privada, entre muitos outros tópicos.

Para tal, optei por uma estrutura que pretendi deliberadamente simples e, na medida do possível em face de todas as condicionantes enfrentadas, suficientemente completa para permitir o acompanhamento do caminho percorrido. A dissertação encontra-se assim dividida em quatro capítulos. O *iter* adotado tem subjacente a ideia de que, antes de mais, a compreensão precede a análise crítica e esta antecede, por sua vez, a síntese.

Neste sentido, no Capítulo I procuro encontrar as razões subjacentes ao regime atualmente em vigor no que diz respeito à validade e eficácia da promessa unilateral como fonte obrigacional, razões essas que só se compreendem através de uma cuidada análise histórico-comparativa das ideias promissórias. Não é verdadeiramente possível entender o desconforto que ordenamento jurídico tem quanto a impulsos auto-vinculantes sem se compreender toda a longa discussão histórica em torno do ato de prometer. Começo por identificar e analisar os primeiros resquícios históricos da promessa unilateral, analisando, *inter alia*, as figuras da *pollicitatio* e dos *vota*. Seguidamente, abordo os *pacta nuda* e a temática do *vestmentum* que – associados à *causa* – estiveram sempre ligados à ideia de promessa (unilateral), principalmente desde o direito intermédio. Passo pelos pensamentos jusnaturalistas, utilitaristas, iluministas, liberais, entre muitos outros, que tanto contagiaram os palcos de *civil law* e de *common law*, com o objetivo

principal de encontrar – caso exista – uma justificação histórica, sólida e plausível, para o status quo acima identificado. Esta análise, com a qual se pretende contribuir para colmatar uma lacuna temática ainda subsistente na doutrina (nacional), visa fundamentalmente servir de ponto de partida para as conclusões que, a final, procurarei retirar.

O Capítulo II também serve o propósito de ser, numa certa perspetiva, contribuir, de forma que se julga inovadora, para a recolha das bases fundamentais em que a análise posterior deve assentar. A análise jurídica à promessa unilateral e aos seus limites tem como pressuposto, antes de mais, a noção jurídica de promessa. Este conceito é múltiplas vezes invocado pelos textos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Todavia, raramente as fontes se dedicam ao aprofundamento do sentido que lhe deve ser atribuído, o qual, ao que parece, é antes dado como “pré-adquirido”. Assim, no Capítulo II procuro enunciar uma teoria da promessa que pretendo transversal àquilo que os juristas de *civil law* passaram a denominar por negócio jurídico unilateral obrigacional, por uma banda, e contrato, por outra, mas que deve servir de base teórica para a posterior escurrita compreensão da resolução do problema apresentado e da solução proposta.

E é exatamente munido das linhas teóricas desenhadas neste segundo capítulo que parto para a análise da promessa unilateral como fonte de obrigações no direito civil, no Capítulo III. Aí, começo por descrever toda a discussão em torno do artigo 457.º do CC, maxime quanto às implicações do denominado “princípio da tipicidade”. Seguidamente, trato dos casos “legalmente admitidos” pelo CC, estabelecendo as pontes com outros institutos ou figuras que, mais direta ou indiretamente relacionados, podem contribuir para a melhor compreensão daqueles. É, então, nesta perspetiva, que analiso o reconhecimento de dívida e a promessa de cumprimento – numa ótica puramente promissória – e trato do exemplo paradigmático da promessa pública (e, da sua modalidade, o concurso público).

Após descrição crítica da evolução histórica das ideias promissórias, após proposta de uma teoria jurídica da promessa, e após análise das mais emblemáticas situações auto-vinculantes, findo a dissertação com um capítulo dedicado ao papel da promessa unilateral no quadro da autonomia privada, no qual reúno todos os elementos até então recolhidos e as diversas conclusões que fui, entretanto, retirando. Neste quarto capítulo, revisito o princípio da tipicidade, descrevo os argumentos a desfavor de um regime jurídico permissivo de constituição de vínculos obrigacionais de forma unilateral, procuro estabelecer críticas construtivas ao status quo e, em resultado de toda a ponderação feita, apresento uma proposta de regime.

O problema da (auto-)vinculação unilateral não é uma questão meramente quimérica. A relevância teórico-prática é mais do que notória. O princípio genérico de intangibilidade na esfera jurídica alheia quando confrontado com algumas situações jurídicas obrigacionais (ou mesmo reais) nos termos das quais se abre a possibilidade a uma afetação direta – ainda que, em certos casos, ligeiramente atenuada – pode resultar num regime jurídico desproporcional ou desadequado às funções sócio-normativas sobre as quais se deve ordenar.

A presente dissertação não pretende ser, de forma alguma, um panegírico à figura da promessa e a toda a sua unilateralidade intrínseca. O objetivo é o de entregar aos que se possam interessar por este tema um (em muitos casos, primeiro) contributo (carecido dos necessários aprofundamentos) assente num conjunto de pressupostos jurídico-filosóficos que, em minha opinião, evidencia a necessidade de reconhecimento da existência de brechas significativas em certos dogmas e princípios tidos por aparentemente irrefutáveis, com o propósito de reavivar, tanto quanto possível, uma discussão de importância teórico-prática indiscutível que, infelizmente, parece que, há muito tempo, deixou de ser um foco de atenção dos juristas.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IDEIAS PROMISSÓRIAS

“Ein Mann – ein Wort”¹¹

(aforismo alemão)

1. MOTIVO DA DELIMITAÇÃO HISTÓRICA; ENQUADRAMENTO CRONOLÓGICO

É comum ler-se que a origem da promessa unilateral remonta ao direito romano¹². Encontram-se, no entanto, manifestações empíricas de promessas unilaterais antes deste período histórico¹³. Ainda que configurem meros resquícios, a falta de fontes sólidas sobre atos jurídicos de natureza promissória torna a sua investigação num processo hercúleo repleto de dúvidas e incertezas. Neste sentido, a escolha do direito romano como ponto de partida do estudo da progressão histórica da promessa unilateral, em detrimento da busca por outros resquícios, tem uma razão subjacente que é composta por múltiplos fatores. É de realçar, antes de mais, a quantidade e a qualidade de informação proveniente das fontes do direito romano que suscitou um grande interesse e dedicação por parte dos juristas, essencialmente a partir da refundação da *Università di Bologna*, através do estudo do *ius romanum* enquanto disciplina autónoma incorporada no ensino universitário. Este interesse manifestou-se, ao longo dos séculos, num acumular de investigações históricas, interpretações dos textos e teorizações do regime jurídico romano. Atualmente multiplicam-se os estudos sobre o direito de Roma, quer através da produção de trabalhos científicos inovadores – aqui com uma certa correspondência funcional com a atualidade¹⁴ –, quer através da reedição com

¹¹ “Um homem, uma palavra”.

¹² Evitarei, nesta sede, a utilização do termo “negócio jurídico” por motivos de coerência histórica.

¹³ Duvida-se que tais promessas sejam, na verdade, juridicamente vinculativas. Os casos estudados do direito grego demonstram que a consequência de determinadas declarações promissórias originava obrigações morais e/ou religiosas que se encontravam fora do escopo jurisdicional dos Tribunais: por exemplo, promessas feitas às divindades – cfr. TODD, *The Shape of Athenian Law*, pp. 264-8; BISCARDI, *Diritto greco antico*, pp. 133 e ss.

¹⁴ Veja-se, por exemplo, em Portugal, a obra coletiva, AAVV, *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*.

revisões e/ou aumentos ou mesmo simples republicações de obras clássicas “do” e “sobre o” direito romano.

Não é exagerada por isso a afirmação segundo a qual o Direito encontra o seu berço na Roma Antiga. As consequências do legado do *ius romanum* na cultura dos juristas europeus – e dentro destes, em especial, dos juristas de *civil law* – concretizam-se numa panóplia de infra-agrupamentos do próprio sistema: das fontes à organização judiciária, passando, naturalmente, pelo ensino. São facilmente perceptíveis as *pinceladas* romanísticas que, ao longo do tempo, foram *colorindo* os sistemas continentais europeus e ordenamentos jurídicos de *common law*. Assim, a busca pela raiz e a evolução dos atos jurídicos unilaterais obrigacionais terá impreterivelmente de partir do *ius romanum*.

2. DIREITO ROMANO

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FIGURA E METODOLOGIA ADOTADA

Por motivos conceituais, o estudo da *genesis* da promessa unilateral no direito privado romano não deixa de encontrar uma forte ligação com a História do negócio jurídico, pese embora – *summo rigore* – tal ideia seja, à época, desconhecida¹⁵. A origem da promessa unilateral encontra-se mitigada com a dos contratos (de eficácia obrigacional) sendo o ponto de encontro estabelecido em função de dois prismas concludentes: na medida em que são ambos negócios jurídicos obrigacionais, através da perspectiva do “ato” enquanto “facto jurídico” e,

¹⁵ OLIVEIRA MONCADA, *Direito romano*, pp. 251-4; VOLTERRA, *Istituzioni*, pp. 125-34; BIONDI, *Istituzioni*, pp. 171-222; IGLESIAS, *Derecho romano*, pp. 115-7; SUAREZ, *Instituciones de derecho romano*, pp. 167-9; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 183-5. Alguns autores preferem utilizar o conceito de *negócio jurídico* (DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, cap. VII e, entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, pp. 175 e ss., em especial, pp. 183 e ss.) enquanto outros tendem a evitá-lo, como é o caso de D’ORS, *Derecho Privado Romano*, pp. 401 e ss.

bem assim, através da perspetiva dos seus efeitos. O passado daquilo que hoje é o negócio unilateral de natureza promissória parte do mesmo ADN da história do contrato obrigacional. A clivagem ontológica destas duas espécies de negócio jurídico é estabelecida nos séculos XVIII e XIX, em especial, pela escola alemã da *Pandectas* – *Pandektenwissenschaft*¹⁶ – com base num critério externo àqueles dois elementos. Por este motivo é que a descoberta da génese da promessa unilateral passa necessariamente pelas raízes, no *ius romanum*, do facto jurídico (humano e “voluntário”), por um lado, e da obrigação jurídica, por outro: partindo do corpo do macro-conceito (do género...) até à sua eficácia (...à espécie).

Tendo em consideração que os juristas romanos entendiam o ordenamento jurídico de uma forma mais pragmática do que científica, isto é, de uma maneira mais concreta do que abstrata¹⁷, a sua preocupação fundamental era a busca por um direito justo que pudesse responder às necessidades da vida social – uma espécie de realismo jurídico clássico. Não se dedicavam propriamente à teorização da dogmática jurídica, em particular, de uma teoria geral do facto e do negócio jurídico¹⁸. Isto não quer dizer, no entanto, que não se possa construir tal teoria a partir dos textos romanos conhecidos. Embora no período arcaico bastasse a mera enunciação de palavras pré-determinadas e o cumprimento de formalidades¹⁹ de modo a atingir a perfeição do “negócio”²⁰, só após a pandectística alemã é que se contruiu a noção (abstrata²¹) de negócio jurídico a partir do elemento *voluntas*, e

¹⁶ A escolástica da *Pandectas* fez, de certa forma, um *panegírico* ao direito romano, em particular à sua obra mais emblemática – a compilação justinianeia – ao intitular os estudos de *Digestum sive Pandectas*. A este propósito vide BUJÁN, *Derecho privado romano*, pp. 164-5.

¹⁷ O termo *contractus* não era entendido pelos juristas romanos de forma abstrata (WATSON, “The Evolution of Law”, p. 2).

¹⁸ WATSON, *The Law of the Ancient Romans*, p. 58; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 30.

¹⁹ BUJÁN, *Derecho privado romano*, pp. 162 e ss.

²⁰ *Negotium*, a par de *actus*, não são expressões técnico-jurídicas (KASER, *Direito privado romano*, p. 60).

²¹ Para uma rápida compreensão através de um exemplo do triplo *iter* abstrato da construção do conceito de negócio jurídico, SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, p. 183, nota de rodapé 878.

que constituía, para os defensores das teses voluntaristas, uma característica essencial para a produção de efeitos jurídicos visados pelo declarante²².

Nesta sede, não se tratará naturalmente de descrever uma teoria geral do negócio jurídico tal como foi desenhada pelos juristas romanos, mas tão-somente encontrar os primeiros indícios de promessas juridicamente relevantes que constituíssem obrigações para o promitente. É preferível optar por analisar os atos unilaterais auto-vinculativos através dos seus efeitos – ou seja, da perspetiva da *obligatio* –, em detrimento do estudo do prisma paralelo – mas anterior – do “ato” e do “facto jurídico”.

É preciso fazer ainda notar que quando o conceito ou instituição em causa não correspondem a realidades fático-jurídicas inexistentes à época, o progresso e o desenvolvimento técnico elaborados ao longo dos séculos não devem obstar a um olhar sobre o passado à luz de noções e teorias cronologicamente posteriores. A dificuldade na interpretação, análise e arrumação de ideias e conceitos técnicos provenientes de ordenamentos jurídicos de tradição diversa – em termos de *espaço-tempo* –, faz com que habitualmente se recorra a uma catalogação familiar na qual se procura encontrar elementos coincidentes e estabelecer conexões fiáveis daqueles conceitos com as ideias predominantes na cultura jurídica do autor. Não só para o próprio, mas também com foque para o leitor, a facilidade de perceção e localização do conceito ou instituição em causa aumenta significativamente através deste método. É exatamente por estes motivos que se encontram manuais de direito privado romano cujo índice evidencia uma estrutura dogmática muito próxima do direito *pós-pandectas*²³, a par com outros autores que preferem uma organização sistemática próxima da fonte de investigação²⁴.

²² BIONDI, *Istituzioni*, pp. 175 e ss.; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 185-7; com foque para o contrato, ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, pp. 405 e ss.

²³ OLIVEIRA MONCADA, *Direito Romano*, pp. 251-4; VOLTERRA, *Istituzioni*, pp. 125-34; BIONDI, *Istituzioni*, pp. 171-222.

²⁴ Como exemplo, vide o índice de D'ORS, *Derecho privado romano*.

Coloca-se assim legitimamente a questão de saber como aplicar a diferenciação estabelecida pela pandectística germânica numa época em que tal progresso científico era desconhecido. Pense-se nos conceitos jurídicos de *contractus*, *pactum* e *conventio* que são, de uma forma muito genérica, as figuras mais próximas daquilo que o direito moderno teorizou como negócios jurídicos plurilaterais²⁵. Extraí-se destas figuras a ideia de *consensus* enquanto elemento unificador²⁶. A sua aproximação não é, de todo, claudicante: é feita de acordo com uma certa simplificação natural, mas necessária, independente de uma efetiva correspondência de conteúdo ou de função entre aqueles termos e a noção de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) tal como foi idealizado na *Pandektenwissenschaft*. Conforme se verá, o *consensus* encontra-se incluído na *pollicitatio*²⁷, ainda que esta figura constitua uma promessa unilateral²⁸. Nem sempre tais conceitos no *ius romanum* são tecnicamente precisos.

Um exemplo é a noção de *pactum* que, por vezes, é ambígua²⁹. Os *pacta* são usualmente definidos como os acordos ou contratos obrigacionais de fonte essencialmente pretoriana³⁰ (*pacta praetoria*³¹), tendo sido desenvolvidos pela *iurisprudentia* clássica e pelas leis imperiais do período pós-clássico³². Note-se que alguns autores incluem o conceito promessas unilaterais inominadas pelo

²⁵ SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, p. 229.

²⁶ SANTOS JUSTO, *idem*, p. 183. Segundo ULPIANUS, contrato “*est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*” (“contrato é o acordo mútuo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”) – cfr. D. 2.14.1.2.

²⁷ Cfr. *infra*, I, 2.5.

²⁸ D. 5.12.3; Ver também, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 72.

²⁹ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 508 e ss.

³⁰ Muitos *pacta* tinham como fonte o *ius honorarium*. Neste sentido, embora não sendo reconhecidos pelo *ius civile*, eram protegidos pelo pretor no âmbito da sua função judicial.

³¹ Entre as diversas modalidades de *pacta praetoria*, encontram-se o *pactum iusiurandi*, *constitutum debiti* e as *recepta* (*receptum argentarii*; *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*; *receptum arbitri*).

³² Habitualmente denominados de “pactos legítimos”, pois resultam de *constitutiones* imperiais (*condictio ex lege*). Vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 508 e ss.; ver também, do mesmo autor, “Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe”, pp. 35 e ss.

Corpus Iuris Civilis na categoria de *pacta nuda*³³. Como veremos, os *pacta* estiveram sujeitos a uma mutação ontológica ao longo dos tempos³⁴. Nasceram na Lei das XII Tábuas e consistiam numa espécie de transação judicial³⁵, um tipo de acordo informal de extinção de obrigação normalmente decorrente de responsabilidade resultante de *delictum*³⁶ (ex.: *actio furti*³⁷). De sentido semelhante – e aqui por fonte pretoriana –, significavam a renúncia a um *iudicium* (*pactum de non petendo*³⁸). Originalmente, os *pacta* consagravam uma causa de extinção de obrigações³⁹. Durante a época clássica, o vocábulo *pactum* (ou *pactio*) foi sendo usado como sinónimo de acordo informal que, quando *nu*, era ineficaz do ponto de vista obrigacional – como escrevia ULPIANUS “*nuda pactio obligationem non parit*”⁴⁰. Paulatinamente, este conceito foi-se aproximando do contrato passando a ser constitutivo de obrigações⁴¹, como foi o caso do *pactum dotis*⁴² e do *pactum*

³³ Assim, e pese embora a confusão terminológico-concetual assente na tradição das duas grandes famílias jurídicas, nomeadamente em torno do conceito de *bare promise*, BURRILL, *A New Law Dictionary and Glossary*, p. 248 (citando outros autores). *Bare promise* é uma promessa nua, desprovida de *causa* ou *consideration* (VILLANOVA, *Legal Promise*, pp. 51 e ss.; *Watkins & Son v. Carrig*, 21 A. 2d 591, 1941).

³⁴ Neste contexto, tal como em muitos outros “mutação” não significa necessariamente “aperfeiçoamento (dogmático)”.

³⁵ D.2.4.22.1.

³⁶ Como, por exemplo, a *exceptio pacti*. Estes *pacta* têm uma natureza liberatória e são contratos remissivos desprovidos de forma (D. 2.14.17.1). Já a remissão formal (*solutio per aes et libram*), que não assume a natureza de *pactum* para ser existente, válida e eficaz, obedece a uma formulação específica.

³⁷ Como escreve ULPIANUS, “a lei permite pactar em matéria de furtos” – D. 2.14.7.14 (“*de furto pacisci lex permittit*”).

³⁸ Este termo significa “*pacto de não pedir*”. Este *pactum* originou a acima mencionada *exceptio pacti* que tem como efeito a paralisação de uma *actio* contra uma *stipulatio* – cfr. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 615; VOLTERRA, *Istituzioni*, pp. 574-5; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, p. 143.

³⁹ BERGER, *idem*, p. 614; VOLTERRA, contudo, chama a atenção que havia casos em que a sua função era fundamentalmente modificativa de relações pré-existentes (*idem*, p. 574).

⁴⁰ D. 2, 14, 7, 4. Cfr. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, pp. 97 e ss. Mais tarde, esta regra foi reformulada para: “*ex nudo pacto non ortur actio*” (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 508, nota de rodapé 2).

⁴¹ D. 13. 2.1. A distinção dogmática entre os *pacta* e os contratos tinha uma justificação meramente histórica (SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, pp. 220-1).

⁴² Acordo de constituição de dote.

*donationis*⁴³. Numa fase posterior, a figura perdeu o sentido origiário e passou a ser sinónimo de contrato como resultado da queda da *stipulatio* e do início de reconhecimento da eficácia jurídica de alguns *pacta*⁴⁴.

Por outro lado, a *conventio* – que provém do vocábulo “*convenire*” e que significa, à letra, “convergir”⁴⁵ – não tinha uma natureza distinta de *contractus* e de *pactum*. Muitas vezes com o simples significado de *consensus*⁴⁶ – nas palavras de ULPIANUS, “*pactum est duorum consensus atque conventio*”⁴⁷ –, a *conventio* aparecia essencialmente ao lado da *causa* como elemento funcional e essencial do *contractus*⁴⁸. Mas ao mesmo tempo, segundo ARISTO, era fonte de obrigação autónoma sempre que não recaísse sobre um contrato nominado e sempre que houvesse *causa*⁴⁹.

Finalmente – como se verá – existiam (poucos) atos jurídicos que hoje em dia se inserem no quadro teórico do negócio jurídico unilateral e que, perante o direito romano, eram catalogados como *contractus* (e *quasi-contractus*), não por desconhecimento dogmático, mas sim por razões etimológicas. Os *contractus* eram constituídos por dois elementos essenciais – a *causa* e o *consensus* – e contemplavam uma multiplicidade de modalidades e espécies. Em paralelo com

⁴³ Acordo em que uma pessoa se obriga perante outra a efetuar uma doação (*donatio*) a alguém (estruturalmente semelhante à *stipulatio alteri* com natureza donativa).

⁴⁴ KASER, *Direito privado romano*, p. 228. Contudo, a expressão não sucumbiu por completo. O princípio *pacta sunt servanda* tem, desde o século XVI, uma abrangência publicista (cfr. por exemplo, HASAN, *Pacta sunt servanda, passim*; artigo 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 – sobre o tema vide LACHS, “*Pacta sunt servanda*”, pp. 374-71; BUFFARD, *et al.*, *International Law Between Universalism and Fragmentation*, pp. 317 e ss.; VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, pp. 361 e ss.). Para uma breve desenvolvimento histórico-dogmático, vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 579 e ss.

⁴⁵ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, pp. 415-6.

⁴⁶ SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, p. 162; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 563.

⁴⁷ D. 50.12.3.

⁴⁸ SANTOS JUSTO, *ibid.*; para um aprofundamento, vide, MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, pp. 13 e ss.; TALAMANCA, “*Conventio e Stipulatio*”, pp. 163 e ss.; FIORI, “*The Roman Conception of Contract*”, pp. 40 e ss.

⁴⁹ FIORI, “*The Roman Conception of Contract*”, p. 51.

muitas outras matérias jurídicas, de GAIUS a JUSTINIANUS, o conceito de *contractus* foi-se aperfeiçoando, tornando-se cada vez mais restrito. Este termo extraí-se do particípio do verbo *contrahere* que significa, à letra, “contrair”, tal como se contrai uma doença ou, neste caso, uma *obligatio*. E era exatamente neste sentido que adjetivava substantivos como *negotium*: assim, a matéria da lateralidade na contração de uma *obligatio* por via do *negotium* é, nesta fase, irrelevante, sem prejuízo da eventual existência do *consensus* enquanto elemento unificador. A ideia de consenso foi sendo instituída pela doutrina em torno do conceito de *contractus*. GAIUS coloca o instituto do enriquecimento sem causa enquanto espécie do género *contractus*, porquanto, no início, esta figura não se relacionava diretamente com a ideia de *consensus*, mas sim, com a noção de *obligatio*. Era uma de muitas formas de constituição de *obligatio* – por força do verbo *contrahere*⁵⁰. Com as nuances que procurarei identificar, é precisamente este elemento que, regra geral, surge como denominador comum dos termos *contractus*, *pactum* e *conventio*⁵¹. Segundo PEDIUS, “não existe qualquer contrato, qualquer obrigação que não contenha, em si, uma convenção”⁵². Daqui parece decorrer, *prima facie*, que, a existirem, todos os atos jurídicos unilaterais auto-vinculativos se encontravam fora destes três conceitos, na medida em que estão contaminados pela ideia de *consensus* e uma das características das promessas unilaterais – quando permitidas pelo ordenamento jurídico – é exatamente a irrelevância, inexistência ou inexigibilidade de aceitação por parte do promissário para a perfeição da declaração negocial. Em bom rigor, *consensus* não significa “consenso entre partes”. Na verdade, como indica BERGER, na medida em que provém da forma verbal romaníatica “*consentire*” (consentir), a ideia de *consensus* também pode incidir sobre atos unilaterais – ainda que instrumentalmente

⁵⁰ BUCKLAND, MCNAIR, *Roman Law & Common Law*, p. 196.

⁵¹ Para mais, vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 563-5.

⁵² D. 2, 14, 1, 3 – “... *nullum contractum, nullam obligationem, quae non habet in se conventionem*”.

dependentes de outros atos – tais como a adesão ou aprovação⁵³. Ainda assim, a verdade é que é possível encontrar vestígios de promessas unilaterais inseridas no quadro genérico dos *contractus*, desligadas das “sombras” do *consensus* e da *conventio*.

2.2. *PROMISSIO*: CONCEITO GERAL

Antes de mais, uma breve reflexão sobre a noção de *promissio*⁵⁴ no *ius romanum*. Enquanto ato de linguagem de natureza jurígena, a promessa tinha uma ampla influência nas relações jurídicas entre pessoas onde vigorava o respeito e a honra na palavra dada. É exatamente através da promessa – entendida em sentido lato – que, direta ou indiretamente, se constituía grande parte dos negócios jurídicos obrigacionais romanísticos.

BERGER define *promissio* (conceito romanístico) como “uma promessa que cria uma obrigação para o promitente” e era normalmente utilizada no *ius romanum* tanto no quadro contratual como no âmbito de negócios unilaterais, independentemente do seu ato comunicativo – oral ou escrito – e bem assim, da sua forma utilizada⁵⁵. Destarte, este vocábulo surge nos textos romanos mitigado com outros atos jurídicos sem qualquer significado transversal, ou seja, é o contexto do seu uso que determina a sua função jurígena. Pode consistir tanto numa declaração conducente à formação de um contrato como no próprio negócio jurídico ou até mesmo numa garantia. Apesar da *promissio* não contemplar características elementares juridicamente uniformes, à medida que o direito privado romano se foi sedimentando, o seu significado sistémico aproximou-se

⁵³ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 408.

⁵⁴ “*Promissium*” – substantivo que deriva do verbo “*promittere*”.

⁵⁵ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 657. Também no sentido da unilateralidade, HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 115.

gradualmente do conceito de cláusula contratual⁵⁶ – algo semelhante à ideia de *promise* vigente nos ordenamentos jurídicos de *common law*.

O conceito aparece em áreas negociais muito diversas, surgindo, *inter alia*, em figuras como *fide-promissio*, *promissio dotis*, *iurata promissio liberti* (*promissio operarum*) ou *promissio post mortem*, *promissio indemnitis*. Alguns destes conceitos poderão consistir em promessas unilaterais obrigacionais; outros – a larga maioria – assumem a forma contratual.

2.3. DO MODELO BIPARTIDO AO MODELO QUADRIPARTIDO

2.3.1. *OBLIGATIO*: ORIGEM

O substantivo “*obligatio*”, a par com a sua forma verbal – “*obligare*” – é construído sobre a base da expressão “*lig*” cuja semântica indica a ligação a algo ou a alguém⁵⁷. De acordo com os conhecimentos históricos atuais, a ideia jurídica de obrigação é enunciada pela primeira vez através do recurso à sua forma verbal – à ação – e não através do substantivo que exprime, em si mesmo, o conceito. É PLAUTUS quem recorre pela primeira vez ao verbo “*obligare*” quando se refere a uma hipoteca: “*nam fundi et aedes obligatae sunt ob Amoris praedium*”⁵⁸. Mas jaz nos escritos de CÍCERO, e a propósito da mesma temática – embora com um grau de complexidade maior –, a primeira referência histórica ao substantivo “*obligatio*” numa das cartas que escreve a BRUTUS⁵⁹. Estas manifestações de *obligare* e *obligatio* aparecem, portanto, em contextos muito específicos,

⁵⁶ Essencialmente a partir da época justinianeia (cfr. BERGER, *ibid.*).

⁵⁷ Cfr. *inter alia*, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 1; KASER, *Direito privado romano*, p. 194; ENNES, “La ‘obligatio’ y sus fuentes”, pp. 90 e ss.

⁵⁸ *Truc.* 214.

⁵⁹ *Epistulae ad M. Brutum* 1, 18, 3; BERNARDI, *Le principe d’obligation*, p. 67. Para consulta, em inglês, das cartas de CÍCERO, vide ELIOT (ed.), *The Harvard Classics*.

consistindo em atos de sujeição de uma determinada coisa à prestação de uma garantia.

Até GAIUS, a ideia de obrigação jurídica não continha qualquer tipo de tratamento dogmático e de enquadramento sistémico-legal. Partindo da quinquipartição estabelecida por BIONDI⁶⁰, esta temática era praticamente inexistente tanto no direito quiritário como no direito republicano. Tal inexistência não implicava necessariamente a carência de figuras jurídicas que, perante a realidade fática, pudessem originar relações jurídico-obrigacionais⁶¹. É na época clássica, em particular, nas *Institutas* que surge a primeira classificação das fontes obrigacionais de que há memória e que, embora ainda pouco trabalhada, deixou um legado que perdura atualmente em muitos ordenamentos jurídicos de *civil law*⁶².

GAIUS apresenta um modelo bipartido de fontes obrigacionais – *contractus* e *delicta*: “*nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. O binómio seguia a linha tradicional romanística da divisão dos atos jurídicos em atos lícitos e atos ilícitos, sendo que estes abrangiam os *delicta* (ou *maleficia*) enquanto que aqueles eram compostos (apenas) pelos *contractus*. A classificação bipartida mostrou-se rapidamente insuficiente para abranger todos os atos jurídicos obrigacionais que se encontravam em expansão na época. Para GAIUS, a ideia de *obligatio* incluía-se concetualmente no *ius civile*⁶³.

É o imperador JUSTINIANUS que, ao introduzir o direito das obrigações nas *Institutas*, enquanto livro autónomo do *Corpus*, lança a primeira definição jurídica do conceito de “obrigação” na famosa passagem: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis*

⁶⁰ BIONDI, *Diritto romano, passim; Istituzioni, passim*.

⁶¹ GRIVOT, “A classificação das fontes obrigacionais na tradição romanística”, pp. 311-2.

⁶² Veja-se, por exemplo, o artigo 1089.º do Código Civil espanhol – PATRÍCIO, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, p. 19.

⁶³ Cfr. BUCKLAND, MCNAIR, *Roman Law & Common Law*, p.193.

iura” (“a obrigação é um vínculo do direito pelo qual estamos necessariamente adstritos a pagar uma coisa a alguém, segundo os direitos da nossa cidade”) ⁶⁴.

Para o direito romano a *obligatio* não continha o mesmo significado que atualmente tem o conceito de obrigação – encontrava-se a par com a *actio*. Hoje em dia, o conceito de obrigação está intimamente ligado à parte que se encontra vinculada à prática – positiva ou negativa – de uma prestação (situação jurídica passiva). Na verdade, o entendimento do conceito de obrigação faz emergir a ideia de uma relação bipartida em sentido convergente nos termos da qual ao devedor se contrapõe o credor que detém um direito de crédito sobre aquele. No direito romano, por sua vez, exprime a ligação (“*lig-*”) individualmente considerada. Assim, *obligatio* refere-se tanto a deveres como a direitos ⁶⁵.

O conceito veio substituir outras expressões com semânticas similares usadas na Leis das XII Tábuas tais como “*nexus*” ou “*nexum*”, que provêm do verbo *nectere* (que também significa “ligar”), bem como tornar-se responsável por alguma coisa ⁶⁶. No sistema jurídico romano a *obligatio* estava sujeita a um princípio de tipicidade ⁶⁷, sendo inconcebível a ideia de constituição de obrigações jurídicas fora dos modelos legalmente previstos.

2.3.2. AS FONTES OBRIGACIONAIS DO DIREITO ROMANO

É através do estudo das fontes obrigacionais do direito romano que se manifestam verdadeiramente os indícios auto-vinculativos. A evolução histórica destas fontes apresenta três modelos conceptuais: um modelo bipartido, um

⁶⁴ I.3.13.

⁶⁵ BURDICK, *The Principles of Roman Law*, p. 389; BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, p. 406.

⁶⁶ RIZZI, *Tratado de derecho privado romano*, p. 365; LEAGE, *Roman Private Law*, pp. 308-9; BIONDI, *Istituzioni*, pp. 311-3. Sobre o conceito de *nexum*, vide BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, pp. 483-4; entre nós, SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, pp. 91-2.

⁶⁷ BIONDI, *Istituzioni*, §85.

tripartido e um quadripartido. Este acumular de “partes” nas estruturas modelares foi o resultado de um largo desenvolvimento doutrinário e pretoriano por parte dos juristas romanos ao longo dos séculos.

GAIUS deixou nas *Institutas* aquilo que viria a tornar-se na primeira estruturação dogmática das fontes obrigacionais civis. O modelo apresentado pelo jurista é bipartido. Segundo o jurista, as obrigações civis derivam de *contrato* ou de *delito* (*ex-contractu, ex-delicto*)⁶⁸. Quanto às obrigações *ex-contractu*, GAIUS identifica quatro diversas espécies de obrigações: obrigações (i) *re contractae*, (ii) *consensus contractae*, (iii) *litteris contractae* e (iv) *verbis contractae*. Nas obrigações *re contractae* encontram-se a *solutio indebiti* e o *mutuum*. A primeira figura aproxima-se do enriquecimento sem causa; a segunda, como o nome indica, consagra o contrato de *mútuo* (“o que era meu se torna teu” – “*ex meo tuum fit*”). Já as obrigações *consensus contractae* derivam de contratos sem forma específica e só produzem efeitos obrigacionais (ex.: *societas, emptio venditio, locatio conductio, mandatum*). O elemento essencial da existência destas obrigações era o *consensus* estando os contraentes sujeitos à observância dos ditames da boa fé⁶⁹. Em terceiro lugar, as obrigações *verbis contractae* configuravam situações particulares na medida em que da oralidade, através do método “pergunta-resposta”, nascia a obrigação jurídica. Como espécies encontram-se a *stipulatio* (contrato formal), a *dotis dictio* (constituição de um dote) e a *promissio iurata liberi* (juramento do liberto em efetuar uma prestação). Finalmente, as obrigações *litteris contractae* caracterizavam-se pela exigência de documentação (exigência do ato de escrita e de registo) e pela “abstração” da relação jurídica subjacente. Como exemplos, a *expensilatio* (ou os *nomina transcripta*), *chirographum*, e *syngraphae*.

⁶⁸ I.3.88.

⁶⁹ Em caso de inadimplência era possível fazer uso do *iudicium bonae fidei* (cfr. KASER, *Direito privado romano*, p. 100).

O modelo bipartido das *Institutas* de GAIUS foi, sem dúvida, o paradigma das fontes obrigacionais da jurisprudência romana clássica, influenciando mais tarde o imperador JUSTINIANUS nas suas tarefas codificadoras. Porém, ao beber do classicismo produzido por GAIUS, JUSTINIANUS não descurou a *Res Cottidianae*⁷⁰. A autoria deste texto está sujeita a controvérsia por parte dos historiadores por não ser claro que seja de GAIUS⁷¹. A novidade – face ao modelo bipartido acima descrito – é a emergência de um *tertium genus*: as *variae causae figurae*. O autor da *Res Cottidianae* identifica situações nos termos das quais, de um ponto de vista dogmático, não é possível arrumar na prateleira do modelo bipartido: ou não são *delicta* ou não são *contractus proprio sensu*. Neste sentido, de natureza residual, esta nova categoria não tinha subjacente uma dogmatização precisa quanto ao seu conteúdo (tendo em conta os princípios e as funções estruturantes que diferenciam características próprias de uma categoria com categorias ontologicamente semelhantes), motivo pelo qual as obrigações nela contidas eram consideradas figuras de *causa variada*⁷². Este passo intermédio permitiu que, ao longo do tempo, o aperfeiçoamento dogmático do direito privado romano pudesse transformar este novo género em duas espécies distintas. A concretização desta transformação ocorreu na compilação justinianeia que adotou um modelo quadripartido que serviu de base para as diversas codificações que sucederam em alguns ordenamentos jurídicos da Europa continental na época moderna⁷³. O modelo quadripartido manteve as obrigações *ex contractu* e *ex delicto* acrescentando – em substituição das *variae causae figurae* – obrigações *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*. A inserção do advérbio “quase” não trouxe qualquer significado

⁷⁰ A este propósito, vide, por todos, a obra de FORT, *El derecho de las obligaciones en las “Res Cottidianae”*.

⁷¹ GROSSO entende que o texto é *gaiano* refletindo inclusivamente um pensamento dogmático anterior à sua época (*Il sistema romano dei contratti*, p. 16). Contra, DI MARZO, *Istituzioni*, p. 345. Cfr. também, MARTINI, “Gaio e les *Res cottidianae*”, pp. 171-88.

⁷² F. GALLO, “Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris”, pp. 171 e ss.

⁷³ Em França, o *code civil* na versão napoleónica adotou a quadripartição justinianeia no artigo 1370.º. O mesmo sucedeu em Itália (cfr. artigo 1097 do *codice*).

científico⁷⁴. Nestas duas categorias encontravam-se inseridas as figuras obrigacionais que conceptualmente se assemelhavam ao contrato ou ao delito, mas que não comportavam as características próprias destes conceitos. Foi essencialmente uma delimitação infra-fronteiriça das *variae causae figurae*.

Nestes modelos é perceptível – ainda que muito sombriamente –, verificar o lugar da figura da *promessa* e a sua manifestação no quadro das fontes obrigacionais. A ideia de promessa e a exigência de formulação de declarações promissórias tiveram um influente papel nestas obrigações onde a oralidade (em todos os casos) e o formalismo (em algumas situações particulares) se revelam como elementos constitutivos de relações jurídico-obrigacionais.

2.4. A “APARIÇÃO” DA *PROMISSIO* NA *STIPULATIO*

As noções de *promissio* e *promittere* (*lato sensu*) também se inserem no quadro do discurso pré-negocial, nomeadamente na *stipulatio*⁷⁵. Sem qualquer paralelo na História do Direito⁷⁶, a *stipulatio* é a concretização do mais puro formalismo jurídico-negocial⁷⁷. É através do enunciado oral de uma fórmula especificamente pré-definida – a “magia das palavras” – que nasce o negócio. Mais do que uma simples teatralização, a *stipulatio* configurava uma verdadeira

⁷⁴ ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, p. 329.

⁷⁵ Também conhecida como *sponsio* (ato sacral). Sobre os antecedentes históricos da figura, vide D’ORS, *Derecho privado romano*, pp. 477 e ss.; KASER, *Direito privado romano*, p. 69; BRAVO, “La Stipulatio”, pp. 139 e ss.

⁷⁶ Relativamente ao caso particular do direito inglês, vide LAWSON, “Analogues of the Stipulatio in English Law”, pp. 117-27; resumo e comentário por RHEINSTEIN, *Gesammelte Schriften*, p. 87.

⁷⁷ KASER, *Direito privado romano*, pp. 61 e ss.

manifestação do ritualismo jurídico⁷⁸. A intenção das partes era irrelevante para a existência e validade do negócio, bastando a mera enunciação da fórmula.

A amplitude funcional da *stipulatio* era imensa. Apesar de origem nublada⁷⁹, era utilizada para diversos propósitos sempre que determinado negócio carecia de forma solene⁸⁰ e, sem sombra de dúvidas, era o modo mais comum de constituição de obrigações no direito romano⁸¹ apesar do desenvolvimento dogmático do sistema jurídico ter promovido o seu desaparecimento⁸². A figura compreendia no seu conteúdo uma alusão à ideia de promessa. Simplificadamente, o método oral consistia numa pergunta pré-determinada que alguém (*stipulator* ou *reus stipulandi*) fazia a outra pessoa (*promissor* ou *reus promittendi*). As únicas alterações legalmente permitidas à fórmula relacionavam-se com as circunstâncias fáticas concretas. Caso respondesse adequadamente – empregando as palavras mágicas específicas para a perfeição daquele negócio –, o *promissor* ficava automaticamente obrigado perante o *stipulator* em realizar algo (*faccere*), abster-se de o fazer (*non faccere*), ou entregar uma quantia determinada em dinheiro (*pecunia*)⁸³. Constituíam-se assim uma obrigação jurídica para o *promissor* – devedor – e uma situação jurídica ativa – *actio ex stipulatio* – para o *stipulator* – credor⁸⁴. Não se proferia uma fórmula fixa para qualquer *stipulatio*; era um tipo

⁷⁸ Como escreve KASER, “à recitação solene da fórmula prescrita terá a antiguidade ligado a ideia de uma vinculação mágica (de um sortilégio verbal)” (*idem*, p. 62).

⁷⁹ BUCKLAND, *Institutions of Roman Private Law*, p. 258. Embora o conceito derive etimologicamente da sua forma mais arcaica – a *sponsio* –, discute-se se a origem é social ou religiosa – através da promessa *ara maxima* (KASER, *Das altrömische Ius*, pp. 256 e ss.).

⁸⁰ SCHULZ, *Classical Roman Law*, p. 478; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 90; KASER, *Direito privado romano*, pp. 68-9; WATSON, “The Evolution of Law”, p. 4.

⁸¹ D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 477; HARRILL, “The Influence of Roman Contract Law on Early Baptismal Formulae”, p. 276.

⁸² No período pós-clássico, devido à preocupação crescente em documentar certos atos jurídicos para segurança de prova, a *stipulatio* é substituída quase por completo por promessas incorporadas em documentos (KASER, *Direito privado romano*, pp. 69-70).

⁸³ D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 478.

⁸⁴ Como identifica SANTOS JUSTO, a *stipulatio* apresentava cinco características: solenidade, formalidade, oralidade, abstração e unidade. (SANTOS JUSTO, *Breviário*, p. 191). BRAVO, por outro lado, assentando em elementos não totalmente coincidentes, ainda aponta a congruência

aberto, pois a constituição de cada tipo de negócio solene ou formal (*verbis*) encontrava-se sujeita a palavras próprias. Sem prejuízo desta volatilidade discursiva, realça-se um denominador comum no diálogo que pode ser expresso da seguinte forma: “Prometes (dar)? – Prometo” [“(D*ari*) spondes? – Spondeo”].

Visto a intenção das partes não ser uma condição de validade ou de eficácia da *stipulatio*⁸⁵, não se pode fazer crer que o discurso possa ser descrito como “Queres prometer-me (Z)? – Sim, quero”. Por vezes, a *causa*, aqui entendida no sentido de – “causa-motivo” – da celebração da *stipulatio* provinha do pretor que, para assegurar em pleito relações jurídicas não tuteladas pelo *ius civile*, fazia uso dos poderes jurisdicionais coagindo as partes a, conjuntamente, formalizarem uma *stipulatio*. Era totalmente irrelevante este “querer prometer” que poderia ser expresso ou tácito, bastando o ato comunicativo de resposta por parte do *promissor* para que a obrigação jurídica se constituísse. Como é de fácil perceção, a estrutura é bilateral quanto ao discurso, mas monocéfala quanto ao elo obrigacional. O *stipulator* não se limitava a enunciar as palavras e o *promissor* a ouvi-las, sem mais: jamais uma *stipulatio* emergia de um discurso unilateral. À pergunta enunciada pelo *stipulator*, o *promissor* tinha de responder, por exemplo, “*spondeo*”⁸⁶, para que, em princípio, o negócio produzisse os seus efeitos obrigacionais⁸⁷. Do ponto de vista do promitente, a resposta dada pelo destinatário

entre a pergunta e resposta como característica diversa da *unitas actus* (D. 45, 1, §137) – assim, BRAVO, “La Stipulatio”, pp. 141 e ss.

⁸⁵ Com foque para os contratos consensuais, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 563-5.

⁸⁶ “*Spondere*” era o verbo que normalmente era utilizado na *stipulatio* e só os cidadãos romanos é que o poderiam utilizar (WATSON, “The Evolution of Law: the Roman System of Contracts”, p. 4). No período clássico, a utilização de outros verbos, tais como “*promittere*”, foi permitida – ex.: “*Promittis? Promitto*”, “*Dabis? Dabo*” “*Facies? Faciam*” (cfr. D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 477; KASER, *Derecho privado romano*, pp. 68-9; HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 112; LEAGE, *Roman Private Law*, pp. 333-4) –, tal como o uso da língua grega (cfr. GAIUS 3, 92-4 e ULPIANUS – D. 45, 1, 1, §6). Ver também, BUCKLAND, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, pp. 244-8.

⁸⁷ BRAVO “La Stipulatio”, pp. 138-9.

consistia na sua aquiescência. Este elemento da mecânica do diálogo é particular e único na *stipulatio*⁸⁸.

Identifico quatro características da estrutura de diálogo negocial que, para o que nos preocupa, importam realçar⁸⁹. A primeira tem que ver com o unilateralismo na relação obrigacional (e não unilateralismo formativo) porquanto toda a relação emergente deste ritualismo era unilateral⁹⁰ – a *stipulatio* não gerava obrigações para ambas as partes. Neste sentido, se as partes quisessem celebrar um contrato bilateral (de compra e venda) sob a capa de um *contractus verbis* teriam de fazer duas *estipulações*: uma relativamente à obrigação de entrega da *res* por parte do vendedor e outra respeitante à obrigação do pagamento do preço do lado do comprador⁹¹. Nestes casos, ambas as promessas continham uma formulação condicional espelhando a contraprestação. A premissa da primeira estipulação era a conclusão da segunda e vice-versa. Era, portanto, daqui que se extraía o sinalagma. A segunda característica relaciona-se com a bilateralidade estrutural. Embora a promessa seja unilateral quanto à relação obrigacional⁹², a bilateralidade formativa do negócio decorre da simples verificação da exigibilidade do método “pergunta-resposta” como causa constitutiva. Por este motivo, a *stipulatio* costuma ser catalogada pelos autores como contrato unilateral⁹³. Se houvesse desacordo entre o promitente e o promissário não existia estipulação⁹⁴ ainda que o motivo

⁸⁸ Esta conclusão seria inalterável nas situações em que o pretor ordenasse a declaração de uma *promissio* com formulação de *stipulatio* (*stipulationes praetoriae*). Cfr. BUCKLAND, MCNAIR, *Roman Law & Common Law*, pp. 195-6.

⁸⁹ HOGG aponta a gratuidade como uma característica da *stipulatio* e da *insinuatio* (acordo escrito, sujeito a registo judiciário, pelo qual se constituía uma doação) – *Promises and Contract Law*, p. 111.

⁹⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 91; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, p. 228; LEAGE, *Roman Private Law*, p. 335.

⁹¹ WATSON, “The Evolution of Law”, pp. 9-11.

⁹² BUCKLAND, MCNAIR, *Roman Law & Common Law*, p. 271.

⁹³ D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 479; KASER, *Direito privado romano*, p. 228; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, p. 228; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 91; embora nunca utilizando essa exata expressão, também se deduz tal conclusão em HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 112.

⁹⁴ D. 45,1,13,7,1.

fosse unicamente o emprego de uma forma verbal diferente daquela que seria exigível na fórmula. A terceira característica é a abstração. O negócio proveniente da *stipulatio* aparenta ser desprovido de *causa*⁹⁵). Por exemplo, a *promessa* de dar (*dare centum*) era um negócio formal feito através da capa da *stipulatio*, mas não continha *causa*: não se indicava se a promessa era para a prestação de uma garantia, pagamento de uma dívida, constituição de um dote ou realização de uma *donatio*. Finalmente, à última característica denomino por *método comunicacional reflexo*. O aspeto mais interessante da ordenação discursiva da *stipulatio* tem que ver com a construção e estrutura do seu diálogo formativo. A forma como as comunicações tinham de ser feitas compreendia a particularidade de a pergunta ser enunciada como o efeito perlocutório da busca pela força ilocutória de prometer – “prometes dar-me (z)?”. Quem era detentor da iniciativa do discurso era o promissário. O promitente limitava-se simplesmente a responder “prometo” (“*spondeo*”). À partida, verificados os demais requisitos de existência e validade, desta sua resposta emergia a obrigação unilateral. O consentimento do beneficiário mitigava-se no ato enunciativo da pergunta. Este jogo “pergunta-resposta” é comum no diálogo formativo de negócios plurilaterais independentemente da época histórica, mas a peculiaridade da *stipulatio* consistia no facto de que a declaração que continha o objeto do contrato unilateral era feita não pelo eventual obrigado, mas pelo promissário, contrariando os padrões normais segundo os quais a iniciativa vinculativa parte do promitente (*promessas reflexas*).

⁹⁵ Neste sentido, HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, §129; entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 302. A *stipulatio* poderia ser *causal* se as partes inserissem a *causa* nas estipulações. Embora alguns negócios tenham nascido como negócios causais, sofreram uma mutação para a abstração mantendo, contudo, a forma (SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, p. 231). Destacam-se como negócios abstratos, a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *acceptilatio* (BETTI, *Istituzioni*, pp. 122-4). Este último negócio podia extinguir uma obrigação emergente de uma *stipulatio*. Discutindo a natureza abstrata da *stipulatio*, vide ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 91-3. VOLTERRA, *Istituzioni*, pp. 138 e ss.

2.5. IDENTIFICAÇÃO DE PROMESSAS UNILATERAIS COMO FONTE DE OBRIGAÇÃO

Como princípio geral, o direito romano não admite a vinculação jurídica de promessas unilaterais⁹⁶. Sem prejuízo, a inexistência de uma teoria do ato jurídico e a progressiva mutação de modelos de fontes obrigacionais no *ius romanum* deram origem a figuras jurídicas de categorização diversificada, nos termos das quais se podem encontrar resquícios de promessas unilaterais. Neste âmbito, e dada a importância teórico-prática de cada um destes atos, destacarei quatro⁹⁷: *pollicitatio*, *votum*, *iusiurandum liberti* e *dictio dotis*.

As figuras da *pollicitatio* e do *votum* são vistas por grande parte dos autores como casos de exceção daquele princípio, consagrando os primeiros verdadeiros antecedentes históricos da promessa unilateral⁹⁸. O motivo pelo qual o *votum* e a *pollicitatio* aparecem nos manuais e outros estudos de direito privado romano⁹⁹ como os únicos atos obrigacionais unilaterais tem que ver, muito provavelmente, com o facto de as últimas duas figuras acima identificadas se encontrarem catalogadas no seio das obrigações *ex contractu* (em especial *verbis contractae*) enquanto que, por outro lado, as duas primeiras estão fora dessa categoria¹⁰⁰. Ora, como se viu, a génese do vocábulo “*contractus*” não se relaciona diretamente com a ideia de bi- ou multilateralidade (de partes), mas sim com a noção de *vinculum*,

⁹⁶ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 480-1.

⁹⁷ Quanto às primeiras duas, SASTRE, BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, p. 201; GODOY, *La declaración unilateral de voluntad*, p. 14. Junto a *iusiurando* e *iurata promissio operarum* numa só figura, a *iusiurando liberti* e apresento uma nova, a *dictio dotis*. Também os *contractus litteris* (semelhantes aos negócios jurídicos cartulares) apresentavam características de unilateralidade para além da abstração. Tendo em consideração que muito pouco se sabe sobre esses contratos (BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, pp. 459 e ss.), e que, no âmbito desta dissertação, os negócios cartulares são tratados *a latere*, colocá-los-ei, neste contexto, também à parte.

⁹⁸ Vide, por exemplo, BETTI, *Istituzioni*, p. 124; ASCOLI, “La pollicitatio”, pp. 217 e ss.; DE RUGGIERO, *Istituzioni*, p. 74; TRABUCCHI, *Istituzioni*, p. 683; GRAZIANI, “Le promesse unilaterali”, p. 631; D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, pp. 20 e ss.

⁹⁹ Por exemplo, BETTI, *Istituzioni*, p. 120; BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, pp. 261 e ss.

¹⁰⁰ Não só GAIUS tratou a *dotis dictio* e a *iusiurandum liberti* lado a lado nas *Institutas* como se nota uma tendência nos autores para justapor esses conceitos (*vide*, exemplificativamente, DE ALBORNOZ, “Dotis Dictio. Iusiurandum Liberti”, pp. 481 e ss.).

que liga uma pessoa jurídica a outra – o que relevam são os efeitos (obrigacionais) e não a estrutura (lateralidade). Quero com isto dizer que o simples facto de certas figuras serem espécies do género “contrato” no direito romano, não significa impreterivelmente que a sua estrutura seja plurilateral¹⁰¹. A par das manifestações formativas unilaterais de eficácia obrigacional no quadro do direito privado romano, verificam-se outros institutos que estavam dogmaticamente fora do conceito de contrato e que, após algumas mutações genéticas, acabaram por serem catalogados enquanto espécies de um género “contrato” cuja noção também esteve sujeita a profundas alterações. Um exemplo dessas situações é a *donatio* (obrigacional) romana que se encontra fora do âmbito destas quatro figuras¹⁰².

A *pollicitatio*¹⁰³ – traduzida para português por “policitação” – é um termo construído a partir da comunhão do substantivo “*polis*”, que significa, literalmente, “cidade”¹⁰⁴, com o substantivo “*citatio*”, que significa “citação”¹⁰⁵, e é vista pela generalidade da doutrina como o arquétipo histórico do negócio unilateral obrigacional¹⁰⁶. Na época clássica a *pollicitatio* consistia na promessa unilateral de um cidadão à *res publica* – cidade, município ou colónia – de efetuar uma prestação a seu favor: entrega de uma quantia pecuniária ou realização de um facto de utilidade pública¹⁰⁷. Habitualmente, a promessa unilateral tinha como motivo a

¹⁰¹ Este facto passou ao lado da maioria dos textos dos autores pós-Pandectas que se debruçaram sobre o estudo do *ius romanum*. “Contrato” tem, para o direito romano, uma amplitude concetualmente mais alargada do que para os juristas pós-Pandectas (cfr. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*, pp. 12-3).

¹⁰² A *donatio* ocupa uma posição especial no âmbito das categorias jurídicas romanas. E, como escreve ZIMMERMANN, “a determinação do âmbito concetual da doação no direito romano não é, de todo, fácil” (*The Law of Obligations*, p. 480).

¹⁰³ D.50.12.

¹⁰⁴ “*Polis*” pode significar, igualmente, “grupo de cidadãos” ou mesmo “cidadania”.

¹⁰⁵ No Baixo Império, minado pela figura da *stipulatio*, o termo *pollicitatio* era utilizado para indicar *pactum* ou convenção desprovida de formalismo (C. 5.11.6).

¹⁰⁶ Cfr., *inter alia*, TORRENT, *El negocio jurídico en derecho romano*, pp. 45-6; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 80. Colocando a dúvida, LERNER, “Promises of Rewards”, p. 55-7; contra a ideia de unilateralidade, ALBERTARIO, *La pollicitatio*, p. 17.

¹⁰⁷ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 634; SANTOS JUSTO, *Breviário*, p. 199; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, pp. 631-3.

candidatura¹⁰⁸ – ou eleição – de um cargo público¹⁰⁹ ou sacerdócio¹¹⁰. Embora os textos não sejam claros¹¹¹, o ato poderia ser puramente altruísta ou poderia ser baseado na ideia de troca¹¹². Assim se distinguia entre a *pollicitatio non honorem* e *pollicitatio ob honorem*¹¹³. A primeira espécie não resultava de uma contraprestação devida ao *honor* recebido ou a receber (ato de liberalidade). A *lex Cincia* indicava que o promitente apenas seria obrigado a cumprir a promessa se a prestação fosse de *faccere (opus)*: a obrigação só se constituía após o início do cumprimento da prestação¹¹⁴. Assim, quando uma determinada pessoa prometia à cidade a construção de um monumento, essa promessa tornar-se-ia juridicamente vinculativa se a construção desse objeto se iniciasse¹¹⁵. Já a segunda espécie era retributiva do *honor* recebido ou a receber e, nesse sentido, era vinculativa após mera enunciação da declaração promissória, independentemente da modalidade da prestação¹¹⁶.

¹⁰⁸ Nestas situações, o negócio poderia estar sujeito a uma condição suspensiva – caso o promitente fosse eleito, ficaria, à partida, obrigado ao cumprimento da promessa – mas tal condição não constituía um elemento essencial do ato.

¹⁰⁹ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 634.

¹¹⁰ KASER, *Direito privado romano*, p. 271.

¹¹¹ Uma breve análise aos textos demonstra uma certa disparidade quanto à função económico-social desta figura – cfr. BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, p. 262; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 632.

¹¹² Alguns autores inserem-na no quadro da discussão sobre o tema da “generosidade financeira”. Assim, MAZUREK, *Municipal Virtues in the Roman Empire*, pp. 29 e ss.

¹¹³ Na época justinianeia foram substituídas pela *pollicitatio sine causa* e *pollicitatio obi ustam causam*, mantendo-se o regime jurídico com exceção do agravamento da responsabilidade do promitente e dos seus herdeiros naquela modalidade (IGLESIAS, *Derecho Romano*, p. 407).

¹¹⁴ A *lex Cincia de donis et muneribus* resultou de um plebiscito datado de 204 a.C. Fundamentalmente, a lei proíbe doações que excedam um certo valor (valor esse desconhecido) – cfr. GONZÁLEZ, “The Possible Motivation of the Lex Cincia de donis et muneribus”, pp. 161 e ss.

¹¹⁵ BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, p. 262; SANTOS JUSTO, *Breviário*, pp. 199-200; BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 634.

¹¹⁶ Uma questão que poderá colocar-se neste ponto é perceber se existia ou não uma prévia obrigação de efetuar o negócio unilateral da *pollicitatio* e, em que medida é que a elaboração desta promessa unilateral não poderia ser entendida como um ato executório dessa mesma obrigação pré-existente, de fonte legal ou negocial. Quanto a este aspeto, os textos não são transparentes.

O *votum* consistia numa promessa unilateral feita a uma divindade (*numinis obligatus*)¹¹⁷. Não estava sujeito a formalismos orais específicos tal como sucedia na *stipulatio*, mas a oralidade era, por norma, a forma adequada à formulação da promessa. Sobre o *votum* jazia uma condição suspensiva¹¹⁸. Na maior parte dos casos o sacerdote assumia a posição de promissário, tendo legitimidade para exigir o cumprimento do ato prometido¹¹⁹. Exemplificando: (A) enuncia a declaração promissória a (B), sacerdote, prometendo à deusa CERES uma determinada oferenda (z) se o acontecimento (y) tivesse lugar. Esta figura jurídica não era juridicamente exigível porquanto consistia numa obrigação puramente religiosa¹²⁰. O *votum* acompanhou todos os períodos históricos da Roma Antiga, sujeita a adaptações genéricas com a adoção do Cristianismo.

A *iusiurandum liberti* – ou *promissio iurata liberti* – era uma figura remota que muito pouco se sabe; ela consistia na promessa unilateral (juramento) de um liberto (ex-escravo) dirigida ao seu senhor, nos termos da qual aquele se compromete perante este a efetuar determinados donativos (*donatio*) ou trabalhos (*opus*)¹²¹. Pelos menos dois requisitos tinham de se encontrar preenchidos. Em primeiro lugar, era necessária uma relação prévia de escravatura entre o *dominus* (senhor, amo ou mestre) e o *servi* (escravo)¹²². Em segundo lugar, a cessação dessa mesma relação jurídica tinha de ter ocorrido através da *manumissio*¹²³. O

¹¹⁷ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 771; VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 543; BIONDI, *Istituzioni* pp. 538-41.

¹¹⁸ KASER, *Direito privado romano*, p. 84.

¹¹⁹ Através do processo da *cognitio extra ordinem* (VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 548; colocando a dúvida quanto a essa possibilidade, BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 771).

¹²⁰ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 771; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 632.

¹²¹ GAIUS, 3, 96.

¹²² O estatuto jurídico do escravo no direito romano dita que estes são, em concomitância, *res* (coisas-objetos de relações jurídicas) e *personae* (que está sob a *potestas*). Embora “coisas”, os escravos tinham personalidade jurídica; todavia, eram incapazes de se obrigar através de negócio jurídico (GAIUS, 3, 104), integrando o acervo patrimonial do *dominus*. A aquisição de um bem pelo *servi* é vista como aquisição do *dominus* (KASER, *Direito privado romano*, pp. 106-10).

¹²³ A *manumissio* (justaposição de *manu* com *missio* que significa *libertação através das mãos*) constituía a causa de cessação do estatuto jurídico de *servi*. Existiam quatro formas (solenes) deste ato. Na primeira, *manumissio vindicta*, o *dominus* e o *servi* compareciam perante o pretor

juramento do *servi* é efetuado em troca da libertação do *dominus*. Segundo GAIUS¹²⁴, este era o único caso em que um juramento produziria efeitos jurídicos obrigacionais. A *manumissio* não constituía a obrigação de *iusiurandum liberti*, mas era comum que o dono, de modo a assegurar tal promessa unilateral, exigisse o juramento. O ato não tinha, todavia, qualquer força jurídica, apenas religiosa¹²⁵.

Para as relações familiares romanas, o dote (*dos*) constituía uma figura de tanto relevo social que o Direito sentiu necessidade de a regular. Embora podendo ser feita através de *pactum* (acordo), na maior parte das situações a *dotis dictio* consistia na mera declaração unilateral promissória por parte da mulher, do seu pai (*pater*¹²⁶) ou avô, perante o futuro marido, cujo efeito jurídico pretendido era a constituição do *dos*¹²⁷. Era necessária a presença física do futuro marido bem como a prossecução de um ritual. Embora GAIUS não tivesse desenvolvido a temática nas *Institutas*, é possível extrair de alguns dos seus textos que, na época clássica, o silêncio do futuro marido – beneficiário da *dos* – compreendia o significado de aquiescência da declaração unilateral¹²⁸. Este facto demonstra traços de

juntamente com um terceiro, este, cidadão (*adsertor in libertatem*), que tocava no *servi* com uma varinha (*vindicta*) enunciando determinadas palavras que determinavam a sua libertação. Após este ato, o *dominus* não se pronunciava (prática de ato negativo) quanto à questão de o escravo ser sua *res* e, por conseguinte, o pretor declarava a liberdade do *servi* (*addictio*). Este formalismo foi-se alterando para uma mera declaração unilateral do *dominus* ao *servi* operante o pretor. Na segunda forma, *manumissio censu*, o *servi*, mediante autorização do *dominis* (*consentiente domino*), inscrevia-se como *livre* no censo (*census*) efetuado de cinco em cinco anos. O escravo poderia ainda ser liberto através da *manumissio testamento*, único ato de cessação da liberdade sem intervenção das autoridades. O *dominus*, via *mortis causa*, concedia a liberdade ao seu *servi* que, na ausência deste ato, era objeto da herança, transferindo-se para o acervo patrimonial dos herdeiros do *de cujos*. As palavras a proferir no testamento eram “*stichus servus meus liber esto*”. Finalmente, e com CONSTANTINO, surgiu ainda a *manumissio in ecclesia*, que consistia na declaração unilateral do *dominus* de libertação do *servus* perante uma autoridade eclesiástica. Para aprofundamentos, DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, pp. 98-108; D’ORS, *Derecho privado romano*, pp. 276-9; KASER, *Direito privado romano*, pp. 111-4; SANTOS JUSTO, *Breviário*, pp. 606-12.

¹²⁴ GAIUS 3, 96.

¹²⁵ Cfr. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 522.

¹²⁶ Na época clássica usualmente era o *pater* quem constituía o dote (BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, p. 261), mas podia, outrossim, ser um terceiro devedor da futura mulher (GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, pp. 97-116).

¹²⁷ GAIUS, I, 3, 95a; SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, pp. 90-1.

¹²⁸ VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 462; ALBORNOZ, “*Dotis Dictio. Iusiurandum Liberti*”, pp. 483-4.

plurilateralidade formativa. BUCKLAND interpreta o silêncio do futuro marido como aceitação da promessa, preferindo falar numa cooperação entre os intervenientes¹²⁹ – sendo um negócio solene, sujeito a determinadas formalidades, o marido tinha de cooperar na sua formação e formulação, como por exemplo, em estar presente e ouvir a declaração promissória¹³⁰.

Resulta do exposto que, no direito romano, a promessa é constitutiva de obrigações jurídicas, ainda que tal eficácia estivesse sujeita a um regime excecional¹³¹. As diversas mutações da estrutura das fontes obrigacionais nunca provocaram alteração quanto ao princípio genérico implícito no ordenamento jurídico segundo o qual as constituições de obrigações por via promissória requeriam prévia aceitação para produção dos seus efeitos¹³².

Das quatro situações acima identificadas, as figuras da *pollicitatio* e do *votum* são aquelas em que a justificação dogmática para a permissão de um ato promissório obrigacional unilateral é mais perceptível. Quanto à *pollicitatio* cumpre realçar o facto de esta figura não fazer parte, em bom rigor, do direito privado romano, sendo uma figura aproximadamente publicista. Os juristas romanos não consideravam a *polis* (*hic*: cidade, colónia ou município) uma pessoa jurídica com capacidade (genérica) para adquirir direitos e assumir obrigações¹³³. Torna-se pouco clara, e até concetualmente absurda, a ideia da aceitação. Já no que respeita ao *votum*, o princípio era o mesmo: é inconcebível o ato de aceitação por parte da divindade que assume o papel de beneficiária da promessa¹³⁴. Por seu turno, a *dotis dictio* e a *promissio iurata liberti* também compreendiam natureza unilateral, não sendo esta, contudo, uma característica própria destas figuras. Sem prejuízo de

¹²⁹ Assim, BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, p. 261.

¹³⁰ Tal como era necessária, *mutatis mutandis*, a presença do *dominus* na *iusiurandum liberti*.

¹³¹ FARNSWORTH, “The Past of Promise”, p. 588.

¹³² Cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 480-1; HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 115.

¹³³ KASER, *Direito privado romano*, pp. 115-6; sobre alguns atos jurídicos que a *polis* poderia praticar, vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, pp. 152-4.

¹³⁴ No mesmo sentido relativamente à análise da *pollicitatio* e *votum*, BARASSI, *Obbligazioni*, p. 348; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 632.

serem qualificadas como *contractus* – que é um conceito alheio à questão da lateralidade – tal unilateralismo enontra-se na maior parte das vezes encoberto no próprio ato, confundindo-se o silêncio com a aquiescência tácita, ou esta com os pressupostos objetivos de validade: na *dotis dictio*, a simples presença do marido era pressuposto de validade da promessa, tal como na *promissio iurata liberti* era necessária a presença do *dominus*, mas o ato de aceitação não constituía elemento essencial de formação do negócio e, por conseguinte, da constituição da obrigação.

O importante a reter não é propriamente a identificação e catalogação de situações de promessas unilaterais na busca pelo motivo da permissão sistémica porquanto o direito romano desconhecia ainda toda a discussão ulterior que levou à teoria do negócio jurídico e que separou o unilateralismo do plurilateralismo. O que aqui realmente importa é perceber a relevância jurídico-social da *promissio*, pois esta foi, na verdade, a base conceptual para toda aquela discussão dogmática. Não há dúvida que foi o direito romano que desenvolveu o conceito de promessa juridicamente relevante dando-lhe um papel fulcral nas relações jurídico-privadas¹³⁵. Foi nesta altura que se desenvolveu a ideia do contrato enquanto acervo de promessas, perspectiva essa que proliferou até hoje mais vincadamente no direito anglo-saxónico. Este desenvolvimento teve duas frentes: (i) através do *iter* solitário traçado pela *promissio* e (ii) pela sua intrínseca ligação com a *stipulatio*, paradigma da relevância jurídica da promessa serviu de base para toda a discussão teórica sobre o conceito de *causa* que emerge no período medieval¹³⁶.

¹³⁵ Ainda que muito rudimentarmente, tal conceito já tinha sido inserido no direito ateniense (TODD, *The Shape of Athenian Law*, *passim*).

¹³⁶ *Causa*, para o direito romano, tem um significado muito vago e extremamente amplo (BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, pp. 382-3). Não existe ainda uma doutrina sólida sobre a *causa*. O termo surge em D.2.14, a propósito dos contratos reais inominados. Neste contexto, *causa* relaciona-se diretamente com a prestação característica do contrato (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 550).

3. DIREITO INTERMÉDIO

3.1. PENSAMENTO JURÍDICO DA EUROPA CONTINENTAL

3.1.1. *VESTIMENTUM, CAUSA E CONSENSUS*

A. GLOSADORES

Em 395, com a morte do imperador THEODOSIUS, deu-se a quebra imperial romana no Ocidente¹³⁷ e, por arrasto, com ela também caiu o direito privado romano enquanto ciência jurídica. Só cerca de seis séculos mais tarde é que aquele direito renasce enquanto disciplina no âmbito universitário na *Università di Bologna*, através do monge IRNERIUS que fundou a escola dos glosadores¹³⁸ na qual se destacam para o presente efeito, AZO e os seus pupilos ACCURSIUS, IACOBUS e PIACENTINUS.

O *ius comune* acolheu o direito privado romano de forma progressiva e não-homogénea. Genericamente, as fontes obrigacionais mantiveram-se praticamente inalteráveis face ao período justinianeu. A grande questão que se começava a discutir tinha que ver com o problema da *causa* no âmbito das relações jurídico-privadas. A promessa unilateral é tangente e concomitante com a história da *causa* do negócio. De uma forma geral, este problema perturbava os juristas romanos e medievais nos contratos inominados (*contractus innominati*) porquanto nos contratos que tinham *nomen*, ela era o próprio *nomen*¹³⁹. Para os glosadores, o problema da ausência de causa abrangia, *grosso modo*, duas questões essenciais. A primeira versava sobre a definição e amplitude nos negócios jurídicos; em

¹³⁷ Sobre o colapso do império romano, vide HEATHER, *The Fall of the Roman Empire: a new History of Rome and the Barbarians*.

¹³⁸ Sobre o tema, HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia*, pp. 146-53; FERREIRA DA CUNHA, *et al.*, *História do Direito*, pp. 162-78.

¹³⁹ BALDUS, *Commentaria*, comentário a C. 4, 30, 13, n.º 14; MAURER, *Schuldübernahme*, p. 27 e ss.

segundo lugar, era necessário preceber qual a consequência jurídica que o ordenamento jurídico atribui às promessas ausentes de *causa*.

Por um lado, até à escolástica da *Pandectas* alemã que constituiu a primeira fase do direito privado moderno, os juristas não analisavam o contrato através da ótica do seu conteúdo, mas apenas na estrutura singular das promessas (declarações negociais) efetuadas. Isto significa que a *causa* não se referia ao negócio propriamente dito (à função económico-social) mas sim à obrigação – *causa civilis obligandi* – independentemente da estrutura formativa. Por outro lado, os juristas medievais encontravam-se fortemente manietados à volta de um princípio romanístico: “*pactum nudum obligationem non parit*”¹⁴⁰. Toda a problemática intricava com a relação entre uma visão analítica do negócio e este princípio de direito privado o que colocava o estudo das obrigações *ex contractu* – visto essencialmente através da perspectiva da *promissio* – numa acareação entre temática do *consensus* com o tema da (ausência de) *causa*. Esta era, resumidamente, a grande questão a resolver no período do direito intermédio e que tinha ficado suspensa desde o período justiniano.

Os textos romanos não eram claros quanto ao facto de os *pacta* terem uma natureza dialogante. Na verdade, embora alguns apontassem para tal conclusão, distinguindo-os da *pollicitatio*¹⁴¹, e bem assim, evidenciando a existência de *consensus* entre duas partes contrárias, já outros se posicionavam no sentido de relacionar a ideia *consensus* com o objeto do negócio (perante uma coisa¹⁴²). É neste contexto que os glosadores AZO e ACCURSIUS defendiam que o *consensus* era o elemento-chave de emergência obrigacional nos *contractus*. A clivagem estabelecida entre contratos nominados e inominados fazia-se com base no direito positivo¹⁴³. Não se afastaram muito da definição ulpiana de *pactum*: “*et est pactio*

¹⁴⁰ Ou também – “*actio ex pacto nudo non oritur*”. Para mais, D’ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, pp. 85 e ss.

¹⁴¹ D. 50, 12, 3.

¹⁴² D. 2, 14, 1.

¹⁴³ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 41.

duorum pluriumve in idem placitum et consensus”¹⁴⁴, mas retiraram, contudo, o vocábulo “*placitum*”, pois, segundo ACCURSIUS, a expressão “*placitum et consensus*” correspondia a uma verdadeira tautologia¹⁴⁵. Ao abandonar o termo *conventio*, um termo amplo de conteúdo ambíguo e um *nomen generalis*¹⁴⁶, aproximaram a noção de *pactum* à de *contractus*. Entendiam que *conventio* seria apenas *convenção* ou “acordo”, sendo que *pactum* tinha um significado bem mais preciso – era o “acordo” que gerava, modificava ou extinguia obrigações civis. Esta aproximação amplificou o conceito de *pactum* a um género no qual *contractus* se tornou uma das suas espécies e em que a relação género/espécie assentaria fundamentalmente no *nomen*. Para os glosadores, *pactum* configuraria a base da plurilateralidade negocial do direito privado¹⁴⁷.

Após alguma reorganização doutrinária das fontes romanas, os glosadores, influenciados por alguns privatistas romanos do período justinianeu, preocuparam-se em analisar o papel *pactum nudum*. Para tal, e por contraposição a este termo, construíram a ideia de *pacto vestido*¹⁴⁸ (*vestimenta pactorum*). O problema da metáfora da nudez do *pactum* intrinca com o significado jurídico – e não a mera consequência – a atribuir à própria nudez¹⁴⁹. Com efeito, PIACENTINUS enumera cinco modos através dos quais os *pacta* se “vestem”¹⁵⁰: por entrega de *res* – como no *mutum*; por enunciação solene de palavras – como na *stipulatio* (fase pré-justiniana); por redação em papel – como nos *contractus litteris*; por consentimento – como na *emptio venditio*; e, residualmente, por declaração

¹⁴⁴ D. 2, 14, 1, 1.

¹⁴⁵ ACCURSIUS, *Magna Glosa*, D. 2, 14, 1, 2.

¹⁴⁶ VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, pp. 21-4.

¹⁴⁷ BALSA, “Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medievo”, p. 192.

¹⁴⁸ Parece ser a partir de AZO que se utiliza o substantivo *vestimenta*. Os seus antecessores recorriam maioritariamente a forma verbal “*vestire*”.

¹⁴⁹ Para uma muito interessante análise jurídica às obras de DANTE, cuja abordagem temática contempla, também e *inter alia*, a problemática da eficácia dos *pacta nuda* (vide a obra STEINBERG, *Dante and the Limits of the Law*).

¹⁵⁰ ROGERIUS PIACENTINUS, *Summa Codicis, De Pactis*, p. 44.

formulada com vista a entrega de uma coisa determinada – *lege dicta in re sua tradenda*. Por sua vez, AZO, na esteira de PIACENTINUS, descreve seis formas de *vestimenta*. Quatro delas correspondem às primeiras quatro deste jurista; relativamente à quinta, AZO dá-lhe um diferente nome (*rei interventu*) e adiciona ao elenco os *contractus coherentia* que nada mais são do que um tipo negocial misto que engloba *contractus nos pacta*¹⁵¹.

Os contratos nominados são *vestidos* pelo *nomen*, justificando-se assim a sua relevância jurídica. Já no que toca aos contratos inominados, eles só se encontram *vestidos* nas seguintes fórmulas: “dou para que dê”, “dou para que pagues”, “pago para que dê” e “pago para que pagues”¹⁵². Esta “dádiva” não deve ser entendida como uma pura liberalidade porque a obrigação esta intrinsecamente dependente de uma contrapartida e de um sinalagma (*anonyma synalagma*). É através da interpretação da expressão “*subsistit tamen causa*” em D. 2, 14, 7, 2¹⁵³ que a *datio* ganha relevo. A inclusão da palavra *causa* nesta expressão tem o significado de emergência obrigacional de declarações promissórias enquadradas numa *conventio sine nomen*. De natureza sombria, a *datio* não se compagina com aquilo a que atualmente chamamos de (contrato de) *doação (donatio)*. Resumidamente, a *datio* era um conceito amplíssimo; tinha natureza híbrida (de formação unilateral e plurilateral) e o seu caráter poderia ser negocial ou para-negocial. Por conseguinte, para os juristas medievais, a mera obrigação de *dare*

¹⁵¹ Vide DOBBERZIN, VON REYGE, *Repertorium sive promptuarium iuris universi copiosissimum*, pp. 369 e ss.

¹⁵² “*Ut do ut des*”, “*do ut facias*”, “*facio ut des*” e “*facias ut facias*” (cfr. PHILLIMORE, *Private Law among Romans from the Pandects*, pp. 227-8).

¹⁵³ “*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem*” (“mas se o assunto não assumir o nome específico de um contrato, e ainda assim subsistir uma causa, Aristo, elegantemente, em resposta a Celso, afirma existir uma obrigação. Como se te desse uma coisa para que dê outra, ou te dê para que pagues algo: aqui se trata de um sinalagma, e aqui nasce uma obrigação civil”) – vide FIORI, “The Roman Conception of Contract”, p. 50.

inserida num texto negocial, independentemente da sua lateralidade, era considerada, para todos os efeitos, *datio*¹⁵⁴.

A nominação é a razão pela qual o ato negocial se encontra vestido pois àquela subjaz a ideia de *consensus*, de entrega de *res*, de formalismo oral ou escrito. É exatamente por estes motivos que alguns autores modernos – tais como BERGER –, influenciados pelos justinianos e pelos glosadores, distinguem *pactum nudum* dos *contractus* (de base consensual ou real), por um lado, e da *stipulatio* (baseada não no *consensus*, mas no puro formalismo formativo), por outro¹⁵⁵. Para os juristas romanos, “*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunte in proprium nomen contractus*”, e por conseguinte, sempre que há *nomen*, há *contractus*; e sempre que há *contractus*, há *actio*. Contrariamente sempre que não exista *nomen* no negócio, não há *contractus* e não há *actio*, mas sim *exceptio*, independentemente da existência de *causa*.

Embora a definição do conceito no *Corpus Iuris Civilis* não fosse tecnicamente precisa¹⁵⁶, os glosadores medievais desenvolveram a doutrina segundo a qual a ausência de *causa* resultava numa invalidade *ex nunc* do negócio e não constituía, como ditava o *ius romanum*, motivo de emergência da *exceptio doli*. Muito pegados ao conteúdo semântico das palavras dos textos, AZO, ACCURSIUS, e bem assim IACOBUS, ao verem-se confrontados com atos negociais sem qualificação jurídica atribuída pelas fontes doutrinárias, entendiam que tinha de existir *causa* nos contratos inominados¹⁵⁷, sendo que esta consistiria em alguma coisa a ser dada ou feita. A perspetiva da *causa* concentrava-se na prestação característica do negócio, não separando propriamente o conteúdo causal das

¹⁵⁴ E mesmo antes dos romanos já os gregos previam obrigações que nasciam da *promessa de dar*. Estas promessas faziam emergir, igualmente, uma obrigação na contraparte. Assim, VON REDEN, *Exchange in Ancient Greece*, pp. 1 e ss.; ver também SWAIN, “Contract as Promise”, pp. 1 e ss.

¹⁵⁵ BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, p. 602.

¹⁵⁶ BERGER, *idem*, pp. 382-3.

¹⁵⁷ Vide, BIROCCHI, *Causa e categoria del contratto*, pp. 45-6; BRITO, “Causa del contrato y causa de la obligación”, pp. 209 e ss.

declarações promissórias de sentido convergente e antagonista existente na formação do negócio.

Pelo exposto, na primeira fase do período do direito medieval, as teorizações sobre esta temática podem ser resumidamente descritas da seguinte forma: em primeiro lugar, o *nomen* não está intrinsecamente ligado à *causa*, ao contrário do *vestimentum*; em segundo lugar, as modalidades de *vestimentum* dos contratos nominados correspondem aos tipos contratuais presentes no *Corpus Iuris*; em terceiro lugar, esse *vestimentum* é *conditio* para emergência da *obligatio* e/ou da *actio* num *pactum*, pois sem aquele pressuposto, está-se perante um *pactum nudum* que resulta numa *invalidade ex nunc* do negócio e não meramente na possibilidade de produção de *exceptio doli*, o que leva a crer que os contratos inominados produzem efeitos jurídicos sempre que haja *causa* – *hic: datio vel factum*.

B. COMENTADORES

É a partir dos meados do séc. XIII, com os comentadores (ou pós-glosadores¹⁵⁸), que a discussão sobre a vinculação da promessa unilateral começa verdadeiramente a interessar os juristas, destacando-se, para o efeito, BARTOLUS DE SAXOFERRATO e o seu aluno BALDUS DE UBALDIS. Ao contrário dos seus antecessores, estes juristas puderam relacionar os textos romanísticos com a ética aristotélica¹⁵⁹. BARTOLUS e BALDUS consagraram pela primeira vez uma teoria da *causa*. Os comentadores abordaram a questão de saber quais os requisitos de exigibilidade de uma promessa. Ela só poderia ser válida e eficaz se estivessem

¹⁵⁸ Para mais, HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia*, pp. 154-62; FERREIRA DA CUNHA, *et al.*, *História do Direito*, pp. 181-95.

¹⁵⁹ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 115.

preenchidos dois pressupostos: (i) consentimento das partes envolvidas e (ii) a existência de *causa* do ato jurídico.

Quanto ao primeiro requisito, e ao contrário dos seus predecessores, os comentadores procuraram justificar a validade e eficácia de certas promessas através do elemento *consensus*, traçando, por um lado, uma clara linha divisória perante aqueles e os juristas justinianos, aumentando o espectro de influência do *consensus* e, por outro lado, atribuindo a determinados atos jurídicos tais como a *stipulatio*, um novo significado técnico¹⁶⁰. O afastamento doutrinário de BARTOLUS não é tão inocente nem tão-pouco tão subtil como possa parecer. Enquanto que para os glosadores, *causa* e *nomem* são fundamentos justificativos da jurisdição negocial¹⁶¹, para BARTOLUS, só a *causa*, em concomitância com o *consensus*, é fundamento para tal. Desta forma se percebe que o segundo requisito se encontra intrinsecamente ligado com o primeiro na medida em que o consentimento só se torna efetivamente vinculativo se houver *causa*. Influenciados ao de leve por ARISTÓTELES¹⁶², para BARTOLUS e BALDUS, o conceito de *causa* integra tanto os atos movidos de puro altruísmo (liberalidade) como também aqueles em que se prevê uma contrapartida¹⁶³. É uma ideia concetualmente muito ampla e não deixa de ser uma tese que traz profundos acrescentos à doutrina da *causa* construída pelos seus predecessores, nomeadamente PETRUS DE BELLAPERTICA que tinha distinguido a *causa* lucrativa da *causa* onerosa¹⁶⁴.

Uma vez mais, o problema punha-se quanto consequência jurídica a dar à ausência de *causa* nos *pacta nuda*. Na medida em que, para BARTOLUS, aquela

¹⁶⁰ A *stipulatio* foi paulatinamente perdendo a sua característica única de solenidade oral em detrimento de uma natureza de exigibilidade escrita – GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 488-9.

¹⁶¹ PHILLIMORE, *Private Law among Romans from the Pandects*, p. 228.

¹⁶² Os comentadores utilizaram os pensamentos de ARISTÓTELES aquando da hermenêutica dos textos romanos – cfr. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 49. Mas como indica o autor, o recurso à filosofia aristotélica é bastante conservador (*idem*, p. 67).

¹⁶³ BARTOLUS, *Commentaria*, comentário a D. 44, 4, 2, 3; BALDUS, *Commentaria*, comentário a C. 4, 30, 13, n.º 14.

¹⁶⁴ PETRUS DE BELLAPERTICA, *Commentaria*, comentário a D. 44, 7, 53 e 54.

tinha um âmbito vasto, era difícil conceber hipóteses abstratas de situações negociais ausentes de *causa*. Este conceito para os juristas medievais não representava apenas uma condição de eficácia da obrigação, mas sim uma verdadeira condição de existência¹⁶⁵. Por influência dos canonistas, os contratos ditos *inominados* teriam de ter alguma *causa*, ainda que os textos romanos pudessem levar a uma interpretação no sentido inverso. Por conseguinte, quando BARTOLUS discutia a *causa* do contrato de compra e venda, o jurista indicava que esta, para o comprador, é representada pela obtenção do direito de propriedade da coisa e, para o vendedor, corresponde ao recebimento da quantia devida¹⁶⁶. Bastava a ausência de *causa* numa das promessas para dar lugar a uma invalidade do contrato. Esta solução afigurava-se similar face àqueloutra propugnada pelos glosadores, nomeadamente PETRUS e AZO, todavia, através de premissas paralelas. Daqui nasceu, com BARTOLUS, o conceito de causa-contrapartida (baseada na ideia não-canónica de justiça comutativa).

De forma idêntica e complementar, o outro problema da (ausência de) *causa* evidenciou-se nas *obligationes verbis contractae*, em particular, no formalismo da *promissio* inserida na *stipulatio*, problema esse que a tese de BARTOLUS não conseguiu desmistificar porque o direito romano aceitava a jurisdição de promessas gratuitas. Partindo deste facto, concluiu que o outro fundamento da *causa* seria a liberalidade do ato. Aqui se encontravam as primeiras reminiscências da discussão da *causa* enquanto função económico-social. Outros juristas tais como os comentadores franceses PETRUS DE BELLAPERTICA e IACOBUS DE

¹⁶⁵ “Onde não há *causa*, é aceite que nenhuma obrigação se possa constituir através de acordo” (D. 2, 14, 7) Segundo BUCKLAND e MCNAIR (*Roman Law & Common Law*, pp. 229-30) esta passagem é a base de toda a discussão posterior da teoria da *causa* do negócio. Não deixa de ser verdade, todavia, que a clivagem entre as várias modalidades de invalidade (em sentido amplo) não é totalmente irrelevante para os juristas romanos e do direito intermédio como aparenta ser. A matéria da (in)eficácia de uma determinada obrigação jurídica só se tornava relevante na medida em que fundamentava a possibilidade de se praticar uma *actio*. Ainda que a obrigação estivesse “minada” de ineficácia, se o ato jurídico a que deu origem tal obrigação fosse válido, poderia ser possível, em algumas situações, fazer emergir uma *exceptio* (cfr. ULPIANUS, D. 2, 14, 7, 4). Consultar, também, BIROCCHI, *Causa e categoria del contrato*, pp. 45-6.

¹⁶⁶ BARTOLUS, *Commentaria*, comentário a D. 12, 14, 16, n.º 13.

RAVANIS entendiam que, caso o promitente se encontrasse em erro quanto à *causa*, então a *stipulatio* era nula. Porém, se em vez de erro houvesse conhecimento por parte do promitente quanto a ausência de *causa* na *promissio* inserida no contexto da *stipulatio*, e embora esta figura sofresse, *in casu*, de invalidade, a obrigação constituída na declaração promissória seria revestida de uma qualificação jurídica diferente: o puro formalismo da *stipulatio* seria “substituído” pela *donatio* que mantinha juridicamente eficaz a obrigação objeto da *promissio*¹⁶⁷.

C. O DIREITO CANÓNICO: EM PARTICULAR, A INFLUÊNCIA DE AQUINAS

As teses contratualistas construídas pelos canonistas no âmbito de uma ordem normativa autónoma desenvolveram-se, ao longo dos tempos, através de necessidades funcionais normativas práticas. Os canonistas e os tribunais eclesiásticos foram buscar aos glosadores medievais diversas teorias interpretativas do *ius commune*, entre as quais, e para o que aqui releva, a doutrina da *causa* na sua relação fundamental com o ato promissório¹⁶⁸. Realça-se, neste contexto, o legado do dominicano TOMÁS DE AQUINO e de alguns canonistas, cujo efeito nos juristas medievais, em especial, nos pós-glosadores – tanto nos italianos como nos *ultramontanus* –, foi determinante.

O direito canónico medieval contribuiu para um aprofundamento dogmático da figura da *promessa*, *maxime* quanto ao âmbito funcional da força ilocutória de *prometer*, na medida em que o grau de vinculatividade da “palavra dada” é bem mais intenso para esta ordem em comparação com a ordem jurídica¹⁶⁹. Qualquer promessa *tem de ser cumprida*, reforçando-se a máxima: *pacta sunt*

¹⁶⁷ IACOBUS, *Lectura*, comentário a C. 2.3.5; PETRUS, *Commentaria*, comentário a D. 44,4,2.

¹⁶⁸ Vide GORDLEY, *The Jurists: a Critical History*, pp. 105 e ss.

¹⁶⁹ Para aprofundamentos, PERTILE, *Storia del diritto italiano*, pp. 449 e ss.

*servanda*¹⁷⁰. A ideia de mentira e de desrespeito pela palavra proferida resulta, aos olhos de DEUS, num ato pecaminoso. Na mesma linha, surgiram outras contribuições, *maxime* tratamentos éticos a dar em certos institutos jurídicos, entre os quais se realça o reconhecimento de dívida¹⁷¹. Os *pacta nuda* e a teoria dos *vestimenta* também foram objeto de análise. E, uma vez mais, a não preocupação com a estruturação do negócio – neste caso, do *pactum* – levou os canonistas à teorização da *causa* sobre atos unilaterais promissórios¹⁷².

Para os juristas do direito intermédio, a falta de forma num certo ato promissório resultava, em princípio, na impossibilidade jurídica da existência de uma *actio*, o que implicava a não emergência de uma *obligatio civilis*¹⁷³. Já para os canonistas, o formalismo tornava-se irrelevante, porquanto é com base na palavra que as promessas se tornam eficazes (perante DEUS)¹⁷⁴. Esta irrelevância do formalismo em detrimento de um forte pendor noético encontra-se materializada nos textos sagrados: “*sit sermo vester: est, est; non, non, quod autem his abundantius est, a malo est*”¹⁷⁵. A perspetiva dos canonistas do *eu* e da consciência do *promise-keeping* era determinante para a aferição do pecado em duas vertentes: através da importância, *per si*, do *verbum*, ainda que sem exteriorização¹⁷⁶; e através da concetualização da ideia de eficácia da declaração promissória baseada exclusivamente na verificação do elemento da *cognitio*. Como corolário, isto significava, por um lado, o afastamento para um plano

¹⁷⁰ BALSA, “Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medievo”, p. 198.

¹⁷¹ ASTUTI, *Il contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, pp. 151 e ss.

¹⁷² Assim, GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 634.

¹⁷³ A única hipótese seria a emergência de uma *obligatio naturalis*. Assim, D’ANGELO, *Le promesse unilaterale*, pp. 25-7.

¹⁷⁴ BERMAN, *Law and Revolution*, pp. 245-50.

¹⁷⁵ “*Dizei somente: sim, se é sim; não, se é não; porque o que passa disto é maligno*” – Evangelho segundo S. Mateus, Cap. V, versículo 37.

¹⁷⁶ Para os canonistas medievais (escola de direito natural), a exteriorização do conteúdo promissório não constituía um pressuposto essencial relativo ao processo formativo da promessa; assim, DECOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 614. Como refere o autor, esta discussão perdura ainda no período moderno e pós-moderno (*vide*, por exemplo, SMITS, *Het vetrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, pp. 189-200).

meramente de segundo grau do “direito” do beneficiário da promessa¹⁷⁷, e por outro lado, significava que – e *ad substantiam* – o elemento “exteriorização” não era condição de eficácia.

AQUINO, também influenciado por ARISTÓTELES, biparte a noção de *causa* em duas modalidades – *causae intrinsecae* e *causae extrinsecae* – e quadriparte em blocos binários em função de cada modalidade – na primeira, *causae formalis* e *causae materialis* e, na segunda, *causae finalis* e *causae efficiens*¹⁷⁸. Aquilo a que o autor denomina como *causae extrinsecae* acabava, *tout court*, por justificar a causalidade de praticamente todos os atos jurídicos, com exceção, para os juristas, dos *pacta nuda*.

Tentativas houve de transferir as ideias de AQUINO para o direito privado em geral, e para os *pacta*, em especial. Destarte, como escreveu BALDUS¹⁷⁹, “*ubi non est causa, ibi non est causatum, et ideo ex pacto nudo non insurgit actio, quia actio est quoddam causatum, ergo non potest sine causa oriri*”; ou seja, um *pactum nudum* não dá lugar a uma *actio* (é juridicamente *ineficaz*), evidenciando, *a contrario* que a *causa* é condição de eficácia da obrigação jurídica. A grande diferença entre os juristas e os canonistas jaz na amplitude de existência da *causa* nos factos da vida (jurídicos, para-jurídicos e meta-jurídicos). Enquanto que, para aqueles, nem todos os atos jurídicos tinham necessariamente de ter *causa*, para estes, tudo no Universo tinha impreterivelmente de a ter, ainda que fosse divina (*causa última* – *causae finalis*).

Desde que houvesse intenção das partes em iniciar uma relação jurídica, as teses canónicas relativas ao *pactum nudum* ultrapassavam as perturbações dos

¹⁷⁷ Assumindo que o beneficiário não é uma divindade. Isto não significa, consequentemente, que o beneficiário não dispunha de meios de tutela perante uma promessa que não foi cumprida. Sobre o assunto, GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, pp. 634 e ss.

¹⁷⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summo Theologiae, Pars Prima Secundae*, questão 72, artigo 3.

¹⁷⁹ *Commentaria in Decretales, I, De Pactis*, n.º 14, *apud* ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 552.

juristas¹⁸⁰. Porém, os próprios canonistas encontraram critérios distintivos da validade para-jurídica de certas promessas. E aqui, uma vez mais, o valor da palavra assumia relevância. Esse peso valorativo era visível através de figuras como o *votum*¹⁸¹ e a *petitio praemii inventionis*¹⁸². E era igualmente perceptível no fundamento do incumprimento do ato promissório porque “mentir é incumprir”. Por conseguinte, a mentira não significava a declaração de ciência de um ato, facto ou pensamento passado que, após o teste de veracidade (v/f), se concluía pela sua falsidade, mas sim a consciência de que se efetuava uma declaração promissória cuja prestação contida no seu objeto não seria cumprida.

O direito canónico acabou por construir uma doutrina da *causa* que, em tudo o que não toca o divino, se encontra paralelamente identificada com a doutrina proferida pelos juristas: uma obrigação é exigível se o promitente tinha em vista a prática de um ato futuro objetivamente definitivo e subjetivamente sujeito à vontade de ser praticado (sinceridade da promessa), desde que o mesmo fosse, perante critérios objetivos morais, justo e equitativo¹⁸³. Este era o corolário da doutrina canónica da *causa* que constituía a base de um princípio do direito canónico dos contratos (*pretium iustum*) e que procurava equilibrar o valor geral do negócio numa espécie de balança da justiça divina.

¹⁸⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 552. Ver ainda, MAURER, *Schuldübernahme*, p. 28; e SÖLLNER, *Die causa im Konditionen und Vertragsrecht*, p. 167.

¹⁸¹ O *votum* tinha um conteúdo e uma natureza semelhantes aos *vota* do direito romano. No entanto, eram substituídas as figuras do promissário (do sacerdote pagão para o sacerdote cristão) e do beneficiário (da divindade pagã para DEUS).

¹⁸² Esta figura previa a remuneração a quem desenvolvesse uma atividade em benefício de outro, prescindindo a sua aceitação.

¹⁸³ BERMAN, *Law and Revolution*, pp. 245-50.

3.1.2. O ADENSAMENTO DA DISCUSSÃO NOS SÉC. XVI E XVII: VINCULATIVIDADE JURÍDICA DA PROMESSA – JUSTIÇA COMUTATIVA VS LIBERALIDADE

Os juristas medievais desenvolveram bases sólidas teóricas interpretativas dos textos romanos em conjunção com os velhos pensamentos filosófico-jurídicos aristotéticos até então postos de parte. De maneira reflexa e imediata – e maioritariamente a propósito da *causa civilis obligandi* – esta contaminação do pensamento filosófico no sistema jurídico (re)abriu a discussão sobre a vinculatividade jurídica das declarações promissórias. A ideia que tinha ficado presente nos textos dos juristas medievais mais antigos era a de que as obrigações emergentes em declarações promissórias se tornavam vinculativas se houvesse *causa*, que, para este efeito englobava as ideias liberalidade e contrapartida.

Por um lado, a doutrina jusnaturalista de AQUINO veio assentar a dicotomia entre o direito natural e o direito positivo, dicotomia essa que tinha sido ao de leve pincelada por ARISTÓTELES, atribuindo-lhe, porém, outro significado. Para aquele autor, os indivíduos encontram-se obrigados a cumprir as suas promessas pelo simples facto de estas derivarem do direito natural e não de normas jurídicas positivadas em textos e documentos oficiais, variáveis em função de critérios espaço-temporais. Por outro lado, a teoria da *causa* de BARTOLUS, encontrou uma justificação para a ilicitude do incumprimento de declarações promissórias. *In tribus verbis*, estas duas inferências são usualmente identificadas como justiça comutativa e (pura) liberalidade¹⁸⁴. Também como tinha já definido ARISTÓTELES na obra *Nicomachean Ethics*, existe justiça comutativa (voluntária) se as partes tivessem elaborado uma transação assente em critérios equitativos; ela seria justa sempre que aquilo que se dava correspondia em termos valorativos àquilo que se recebia¹⁸⁵. De igual modo, o ato era dotado de liberalidade sempre que ele fosse

¹⁸⁴ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 118.

¹⁸⁵ Os contratos de função económico-social de troca correspondiam aos paradigmas da justiça comutativa (GORDLEY, *Foundations of Private Law*, pp. 361 e ss.; “Contract Law in the

dotado de *virtude*— dar à pessoa certa a quantidade adequada de dinheiro na altura ideal¹⁸⁶. É de notar que *Nicomachean Ethics* não é um texto de pendor jurídico: trata, isso sim, das virtudes humanas, sendo uma delas a virtude da “promessa-vinculativa”¹⁸⁷. AQUINO relacionou os conceitos de liberdade e justiça comutativa¹⁸⁸ considerando que não é só meramente ilícito, mas igualmente injusto, o incumprimento de uma promessa vestida – e investida – de pura liberalidade: enquanto que os critérios de justiça comutativa relacionam o indivíduo horizontalmente com os seus pares e com a sociedade, o ato de pura liberalidade relaciona-o internamente com ele próprio e, em última análise, verticalmente, com DEUS. Desde o séc. XII que o direito privado canónico se distanciou do direito privado romano, nomeadamente através da inclusão de princípios morais e fundamentos de direito natural. Tal distanciamento afetou naturalmente a parte relativa à vinculatividade das declarações promissórias¹⁸⁹. A comunhão entre a teoria da *causa* dos glosadores e comentadores com os pensamentos aristotélico-tomistas constituíram o primeiro indício doutrinário da clivagem teórica entre as promessas unilaterais e os contratos¹⁹⁰.

Aristotelian Tradition”, p. 297). Segundo o filósofo grego, a justiça distributiva garantia ao cidadão uma justa quota-parte da riqueza e da honra que a sociedade tinha para dividir; a justiça comutativa tinha exatamente por objeto a preservação dessa mesma quota-parte (ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*, Cap. V, 2, 4 e 5). Como corolário, a redistribuição da riqueza e da honra baseada na justiça comutativa deveria transferir os valores de forma equitativa o que significava, por sua vez, que após transação, a soma dos valores distribuídos pelos cidadãos se manteria inalterável. Neste sentido, pode concluir-se que a justiça comutativa realterava os tipos e as quantidades valorativas (associadas a cada tipo) individualmente consideradas, sem nunca mexer na quantidade do universo abstratamente distribuível nem na quantidade dos valores efetivamente atribuídos aos cidadãos. Para desenvolvimentos, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, pp. 65-7 e 94 e ss.

¹⁸⁶ ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*, Cap. V, 4 e 5.

¹⁸⁷ GORDLEY, “Contract Law in the Aristotelian Tradition”, p. 266.

¹⁸⁸ GORDLEY, *Foundations of Private Law*, pp. 292-97, 352.

¹⁸⁹ LESAFFER, “Medieval cannon law and early modern treaty law”, pp. 182-3.

¹⁹⁰ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 551; GORDLEY, “Natural Law Origins of the Common Law of Contract”, pp. 372-82; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, pp. 49-50.

Estas são, resumidamente, as bases históricas da discussão renascentista e pós-renascentista sobre os atos unilaterais auto-vinculativos que foi encabeçada primeiramente pelo canonista dominicano TOMASSO DI VIO, também conhecido por TOMÁS CAETANO, e que perduraram até ao período moderno nos sistemas jurídicos continentais europeus. Em sede de comentários à *Summa Theologiae*, CAETANO vincou as ideias de AQUINO, afirmando que o beneficiário de uma promessa unilateral baseada num ato de liberalidade não poderá exigir o seu cumprimento com base em princípios de justiça comutativa¹⁹¹. AQUINO tinha colocado em planos normativos diferentes as obrigações morais (*debitum morale*) e as obrigações jurídicas (*debitum legale*): enquanto estas são baseadas nas virtudes da própria justiça, aquelas respeitam a virtudes justapostas à ideia de justiça¹⁹². E são exatamente as virtudes da justiça que estão intrinsecamente acopladas, por sua vez, à ideia de equidade patrimonial inter-partes. Aproveitando esta clivagem, CAETANO distinguiu a ideia de equidade patrimonial da equidade moral, concluindo que o desvalor para aquela será entendido como um ato *juridicamente ilícito* e para esta, um ato *moralmente injusto*, ou seja, a vinculação é juridicamente eficaz no plano jurídico para aqueles atos de natureza comutativa e eficaz no plano moral para atos de pura liberalidade¹⁹³. No ponto de vista de CAETANO, a inadimplência do promitente não coloca o beneficiário numa posição pior do que estaria se a prestação tivesse sido efetuada, o que não sucede no caso de existir uma contrapartida¹⁹⁴. Porém, poderia exigir o cumprimento se houvesse a afetação patrimonial no beneficiário¹⁹⁵. Esta posição comporta implicações

¹⁹¹ Assim, CAETANO, *Commentaria*, n.º 35, II-II, Q. 88, art. 1; Q. 113, art. 1; Cfr. GORDLEY, *The Jurists: a Critical History*, p. 96; *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 73.

¹⁹² AQUINO, *Summa Theologiae*, questão 8, artigo 1.

¹⁹³ GORDLEY, *Foundations of Private Law*, p. 293. É de realçar que a interpretação *a contrario* deste facto mantém-se verdadeira.

¹⁹⁴ CAETANO, *Commentaria*, *ibid.*

¹⁹⁵ GORDLEY, “Contract Law in the Aristotelian Tradition”, p. 327; *The Jurists: a Critical History*, p. 96. Para CAETANO, toda esta discussão era referente a declarações promissórias unilaterais com vista à entrega de uma coisa, ou seja, baseadas na *datio* (em sentido amplo) – corresponde, *grosso modo*, à expressão inglesa *promise of gifts*. Já LESSIUS discutia a mesma questão alargando o argumento para as promessas em geral, incluindo promessas umbilicalmente conexas a uma

imediatas na *datio*, no sentido de reforçar uma ideia que se extraia diretamente nos textos romanos segundo a qual a *traditio* era a única forma de transferência de propriedade sobre uma coisa se função económico-social fosse a liberalidade.

Outros juristas acompanharam com agrado as revolucionárias teses de CAETANO, tal como aconteceu com o francês FRANCISCUS CONNANUS que veio ainda reforçar a noção da vinculação promissória através de outros dois fatores que, segundo CONNANUS, também deveriam ser tidos em conta para a constituição de atos promissórios vinculantes: (i) a *seriedade* por parte do promitente, e (ii) a *prudência* do beneficiário¹⁹⁶. Fácil é de notar que ambos estes elementos tocam em elementos subjetivos e, segundo CONNANUS, eram subcategorias da reciprocidade negocial: apenas as promessas dotadas de reciprocidade eram, de facto, juridicamente vinculativas. Esta visão doutrinária foi sujeita a muita contestação pelos académicos, juristas e canonistas da época, de entre os quais se destacaram os escolásticos salamanquinos da escola de direito natural (em especial, DOMENICUS SOTO, LUÍS DE MOLINA e DIEGO DE COVARRUBIAS). MOLINA, também ele partindo da análise da *datio*, criticou a solução apontada por CAETANO questionando a necessidade da *traditio* para a transferência de propriedade da coisa. Segundo MOLINA, o que verdadeiramente importa é o *animus obligandi*, bastando a enunciação de declarações promissórias para a emergência de promessas gratuitas¹⁹⁷. O *animus obligandi* assumia-se como condição essencial para a constituição de uma obrigação, seja jurídica ou moral; o problema que se podia colocar era se o efeito pretendido pelo promitente implicava ou não uma *datio*; se não houvesse *animus*, a obrigação emergente da promessa era vinculativa apenas plano moral por motivos de honestidade e de honra, e não por motivos de justiça¹⁹⁸.

contrapartida (GORDLEY, *Foundations of Private Law*, pp. 292-97, 352; HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 118).

¹⁹⁶ CONNANUS, *Commentariorum*, I, 6, V, 1.

¹⁹⁷ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 74.

¹⁹⁸ MOLINA, *De iustitia et iure tractatus*, 262.

O jesuíta LEONARDUS LESSIUS também criticou as ideias de CAETANO, distanciando-se, contudo, de MOLINA. LESSIUS definiu, no entanto, o conceito de promessa de forma concordante com o escolástico salamanquino ao referir que “prometer não é meramente afirmar que se vai entregar ou fazer alguma coisa a alguém, mas para além disso, é obrigar-se perante essa pessoa, conferindo-lhe um direito à prestação¹⁹⁹”. O seu desentendimento com CAETANO tinha que ver com as implicações da teoria do incumprimento nas promessas que não se fundavam em critérios de justiça comutativa. LESSIUS afirmava que as posições de CAETANO e de CONNANUS levariam a uma desvinculação aleatória das promessas gratuitas²⁰⁰. A definição de promessa por si proposta acabava por ultrapassar o problema de CAETANO, atribuindo-lhe natureza comutativa, distorcendo o conceito tal como fora desenhado por ARISTÓTELES. Defendeu a ideia de que todas as promessas eram vinculativas independentemente do facto de o direito romano prever formalismos para certos atos gratuitos de forma a permitir uma prévia ponderação à prática do ato dispositivo²⁰¹. A partir do séc. XVI, os juristas começaram por admitir três situações segundo as quais não seria necessário o registo da promessa unilateral de uma prestação baseada em atos puramente liberais: promessas *ad causas pias* (promessas por motivos de caridade); promessas *ad nuptias vel propter nuptias* (promessas à futura contraparte ou a terceiros no âmbito da celebração de casamento); a *donatio remuneratoria* (promessa de recompensa)²⁰². É aqui que surge o seu distanciamento perante a doutrina de MOLINA: LESSIUS assenta a sua argumentação na irrelevância jurídica da liberalidade porquanto todas as promessas se baseiam na lógica da justiça comutativa.

¹⁹⁹ LESSIUS, *De iustitia et iure*, Cap. 18, 8, 52.

²⁰⁰ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 118.

²⁰¹ LESSIUS, *idem*; GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 74.

²⁰² Para desenvolvimentos, GORDLEY, *Foundations of Private Law*, pp. 355 e ss. No que respeita a esta última situação, o escolástico salamanquino defendia que estes casos não configuravam uma doação, pois estaria sempre em causa uma contrapartida por um determinado ato positivo ou negativo – MOLINA, *De iustitia et iure tractatus*, 278, n.º 3.

LESSIUS, MOLINA e SOTO foram os primeiros juristas que escreveram que as meras enunciações de promessas unilaterais de uma prestação eram constitutivas de um *direito de crédito* do lado do beneficiário e foram, outrossim, os primeiros juristas a colocar a questão da exigibilidade do ato unilateral de aceitação por parte deste, como requisito de eficácia da promessa²⁰³. Esta tese foi obtida após breves reflexões sobre dois temas: (i) a necessidade comunicativa da declaração promissória como elemento constitutivo da promessa e (ii) a exigibilidade de aceitação do beneficiário. Quanto ao primeiro, SOTO e MOLINA – apoiados por AQUINO – entendiam que, enquanto o direito positivo requeria um ato comunicativo externo, já o direito natural não compreendia tal exigência. O próprio silêncio poderia produzir efeitos auto-vinculantes²⁰⁴. LESSIUS, contrariando MOLINA, defendia que a visão deste autor era impraticável porque seria impossível, de um ponto de vista prático-jurídico, saber com a precisão adequada *quando* e *como* se constitui uma obrigação proveniente de uma promessa que não é exteriorizada²⁰⁵. Já no que respeita ao segundo tema, LESSIUS defendeu que a aceitação era condição de eficácia da promessa²⁰⁶⁻²⁰⁷. Para além da necessidade de exteriorização ao beneficiário, este tinha impreterivelmente de *aceitar* a promessa para que a obrigação fosse juridicamente eficaz. Segundo o jurista, esta seria a única forma de explicar que, aquando da celebração de *contractus* (*hic*: onerosos), o promitente poderia sempre desvincular-se da prestação prometida antes do ato de aceitação. A posição de LESSIUS constituiu uma das bases históricas da teoria da proposta-aceitação (“*offer-acceptance*”)²⁰⁸.

²⁰³ Os juristas romanos nunca trataram este tópico de forma precisa e sistemática (*vide* GORDLEY, *The Enforceability of Promises*, p. 14).

²⁰⁴ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 119.

²⁰⁵ LESSIUS, *De iustitia et iure*, Cap. 18, 15.

²⁰⁶ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 80.

²⁰⁷ LESSIUS, *De iustitia et iure*, cap. 18, 8.

²⁰⁸ Assim, GORDLEY, *The Enforceability of Promises*, p. 14; HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 119

MOLINA²⁰⁹, SOTO²¹⁰ e COVARRUBIAS²¹¹, por seu turno, escreveram no sentido oposto: todas as promessas são juridicamente vinculativas independentemente da aceitação por parte do beneficiário. Outro entendimento seria contrário à doutrina anteriormente referida relativa à desnecessidade de exteriorização do ato promissório. A posição de MOLINA era a de que o promitente se encontraria vinculado à prestação simplesmente porque a promessa seria eficaz do ponto de vista jurídico após enunciação externa ou interna. O autor fundamentou a sua conclusão com o exemplo clássico da *pollicitatio* cuja eficácia não estaria dependente de qualquer aceitação²¹², concluindo que enquanto os *contractus* onerosos estão sujeitos a aceitação, já os *contractus* gratuitos vigoram independentemente desse ato (negócios unilaterais). LESSIUS respondeu às críticas de MOLINA afirmando que as suas teorias relativas à condição de eficácia da promessa na *pollicitatio* eram incompatíveis com a exigibilidade desta obrigação no *ius romanum*. A consequência jurídica era apenas uma: a irrevogabilidade da *promissio*²¹³.

²⁰⁹ *De iustitia et iure*, 263.

²¹⁰ *De iustitia et iure*, livro 3, q. 5, art. 3.

²¹¹ *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, p. 2, §2.

²¹² MOLINA tinha plena consciência de que tal instituto jurídico-romano emanava do direito positivo. De forma a ultrapassar a questão de saber se a exigibilidade de aceitação provinha do direito natural, MOLINA entendia que o direito positivo não poderia abrir afluentes desconexos com as bases do direito natural sempre que o resultado provocasse uma injustiça desnecessária. Assim, assumindo a premissa de que o *ius romanum* partia de valores de justiça, seria injusta a inexigibilidade da prestação da *pollicitatio* perante o direito natural já que o direito positivo atribuíra eficácia à *promissio* sem aceitação (MOLINA, *De iustitia et iure*, 263). É de notar que MOLINA nunca discute o inverso – a ineficácia da promessa da *pollicitatio* não-aceite – partindo sempre do pressuposto de que a eficácia de um determinado ato jurídico é resultado da aceitabilidade implícita das fontes legais.

²¹³ LESSIUS, *De iustitia et iure*, cap. 18, 6. Em seguida, o autor tratou da questão de saber qual o momento a ser considerado para efeitos de aceitação da promessa. Na medida em que a aceitação é condição *sine qua non* de eficácia, o momento deve partir da perspectiva do promitente. Para o efeito, distinguiu consoante a natureza onerosa ou gratuita do ato: se for oneroso, o promitente só se quer vincular após o conhecimento da aceitação; se for gratuito, a sua intenção auto-vinculativa existirá ainda antes dessa aquiescência (LESSIUS, *ibid*)

3.2. PENSAMENTO JURÍDICO INGLÊS: A ASCENSÃO E QUEDA DA PROMESSA UNILATERAL

3.2.1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E RELAÇÃO COM O *IUS ROMANUM*

Se é verdade que nos parâmetros das fontes e da estruturação sistémica, o direito romano teve uma maior influência nas ordens jurídicas europeias continentais – através do *ius commune* –, não deixa de ser menos verdade que o direito inglês, embora assentando numa tradição jurídica díspar, acabou por ser mais fiel ao *modus operandi* dos juristas romanos em comparação com aquelas ordens jurídicas²¹⁴. Numa primeira fase, o direito romano – a par com o direito canónico – ajudou a edificar aquilo que hoje é o direito inglês, *maxime* através da influência que teve na *Britannia* aquando da ocupação romana (de 49 até 409). Esta ocupação foi mais branda do que noutros locais da Europa continental e deu-se antes da emergência do *common law* que só nasce no séc. XI com GUILHERME, o “Bastardo” (II da Normandia e I de Inglaterra), e a invasão normanda conquistada através da batalha de Hasting, em 1066²¹⁵.

Após o direito inglês ter vivido numa primeira fase um período tribal, aquando do reinado dos Saxões o sistema jurídico mostrava traços de feudalismo e era constituído maioritariamente por usos e costumes aplicáveis *in loco*²¹⁶. Porém, ao contrário do que costuma suceder no processo invasivo bélico, a ocupação normanda não procurou impor o seu direito²¹⁷. Neste âmbito, os normandos institucionalizaram uma nova organização e administração judiciais, destacando-se a criação do *Court of Common Pleas* com o objetivo de responder

²¹⁴ D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 4.

²¹⁵ Vide THEODORE PLUCKNETT, *A Concise History of Common Law*, p. 11; BARLOW, *The Feudal Kingdom of England*, 5, pp. 61-78, em especial, p. 81; aprofundando, WILLIAMS, *The English and the Norman Conquest*, *passim*.

²¹⁶ KINDER-GEST, *Droit anglais*, pp. 23-4.

²¹⁷ KEENAN, *English Law*, p. 6.

às necessidades da *Magna Carta*. O processo de centralização do poder passava impreterivelmente pela centralização do poder judiciário e é exatamente através destes tribunais que nasce e se desenvolve o *common law*. A partir dos costumes locais, os aplicadores do direito edificaram um *direito comum* homogêneo em todo o Reino. Assim, *common law* é “comum” por contraposição aos costumes aplicados anterior e localmente pelos tribunais ingleses e galeses²¹⁸. É com GLANVILL, nos finais do séc. XII, e BRACTON, no início do séc. XIII, que a expressão “*common law*” ganha o sentido técnico no direito inglês e que ainda perdura. Por um lado, pese embora este direito comum não possa nem deva ser entendido como a versão britânica do *ius commune* – que se encontra mais próximo do *ius civile* romano –, a verdade é que foi influenciado ainda que muito vagamente, pelo *Corpus Iuris Civilis* e bem assim, pelo *Corpus Iuris Canonici*²¹⁹. Por outro lado, a proximidade inglesa com o direito romano é perceptível na forma como o direito inglês evoluiu em matéria de fontes jurígenas²²⁰. Devido a diversas falhas do *common law* para responder a alguns tipos de pretensões, recusando *writs* por lacunas processuais²²¹, a transformação da Chancelaria num tribunal real no séc. XV deu origem a uma nova fonte de direito: a *equity* que tinha como função principal colmatar as incompletudes e injustiças do *common law*²²². Sem prejuízo de no começo tenha existido uma certa rivalidade jurisdicional entre o *common law* e a *equity*²²³, estes dois sistemas conviveram pacificamente dentro do mesmo ordenamento jurídico²²⁴.

E é exatamente neste ponto que se encontra a similitude com o direito romano. Tal como sucedia em Roma, o pretor tinha poderes de recusa ou de criação de uma *actio*, sempre que a justiça ou a equidade o exigissem, como consequência

²¹⁸ DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, p. 227.

²¹⁹ As *Institutes* e os *Reports* de EDWARD COKE evidenciam tais alicerces dogmáticos.

²²⁰ MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, pp. 236 e ss.

²²¹ PLUCKNETT, *A Concise History of Common Law*, p. 178.

²²² “*Equity is available when there is no adequate remedy at Law*”.

²²³ JOLOWICZ, *Droit anglais*, pp. 5-6.

²²⁴ SCHUBERT, *Introduction to Law and the Legal System*, p. 12.

de uma debilidade sistémica e normativa do *ius civile*²²⁵. As decisões pretorianas modularam uma nova fonte jurígena: o *ius honorarium* (ou *ius praetorium*). Genericamente, o *common law* está para o *ius civile* tal como a *equity* está para o *ius honorarium*. Note-se, todavia, que ao contrário do *common law* e da *equity*, o *ius civile* e o *ius praetorium* não constituíam um direito infra-sistémico autónomo²²⁶. Tal bipartição foi única na História do Direito pós-Roma, não se conhecendo paralelo em qualquer ordenamento jurídico de *civil law*.

3.2.2. ASCENSÃO

A. A TRIPLA RELEVÂNCIA JURISDICIONAL DA PROMESSA

No que diz respeito ao direito privado, o sistema jurídico de *common law* floresceu na altura do perecimento do *ius romanum*²²⁷. Como atenta SMITH, a influência do direito romano no direito inglês não se fez através da receção de normas jurídicas positivas, mas efetuou-se através “da maneira de entender o Direito, do *case law* e da forma de produção literária²²⁸”.

As figuras *contractus* e *pactum* e a divisão concetual quanto ao *nomem* eram conhecidas nas ilhas birtânicas nos séc. XII e XIII. A prática judiciária nas regiões feudais baseada numa “teoria contratual comum”²²⁹ foi paulatinamente esquecendo as bases romanísticas²³⁰. A noção de *promise* foi retida infra-

²²⁵ HANS WOLFF, *Roman Law*, pp. 79 e ss.

²²⁶ MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, p. 237.

²²⁷ RE, “The Roman Contribution to the Common Law”, pp. 447 e ss.

²²⁸ SMITH, “Elements of Law”, pp. 341 e ss.

²²⁹ *Summo rigore*, nunca chegou a ser uma verdadeira “teoria dos contratos” até meados do séc. XIX.

²³⁰ Assim, FARNSWORTH, “The Past of Promise”, p. 591. Para desenvolvimentos, SCRUTTON, *The influence of the Roman Law on the Law of England*, *passim*.

sistemicamente, redescoberta e redesenhada no período medieval²³¹, até atingir, a partir do séc. XIX, o papel crucial que tem atualmente na teoria dos contratos²³². Ainda que muito sombria e remotamente, também se manifestavam pequenas influências da *stipulatio* romana no período medieval²³³. Segundo FARNSWORTH “o *common law* começou a desenhar o seu próprio percurso na direção de uma teoria geral da vinculatividade da promessa”²³⁴. Este percurso foi esboçado através de várias frentes – *common law*, *equity* e direito canónico – mas iniciou-se através da das *forms of action*. De qualquer forma, em paralelo ao que sucedia no mesmo período na Europa continental, a Igreja teve uma enorme ascendência na maturidade dogmática do direito privado inglês, em especial através do aprofundamento concetual das promessas feitas *a* ou *perante* DEUS (*oaths* e *vows*)²³⁵. Esta influência do direito canónico trouxe pequenos elementos de *civil law*, retendo alguma doutrina romana²³⁶.

Deixando de parte por agora a matéria dos *writs*, de um ponto de vista externo e atual, é perfeitamente possível afirmar que o direito medieval inglês concebia a eficácia obrigacional a promessas unilaterais feitas no altar perante DEUS ²³⁷. A partir do séc. XII, os cristãos podiam assegurar a sua salvação através da celebração de uma promessa de fé (baseada na crença divina) cujo incumprimento era visto como pecado. Mais tarde, os canonistas discutiram a questão de saber se se poderia estender tal vinculatividade a qualquer tipo de promessa, independentemente do fim e da causa de fé porquanto se entendia que

²³¹ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 184-5.

²³² Nas palavras de ARNOLD, “o direito moderno dos contratos é suposto ser sobre promessas” (“Transcending Covenant and Debt”, p. 990).

²³³ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 186 e 192-3.

²³⁴ FARNSWORTH, “The Past of Promise”, p. 591.

²³⁵ Havia tribunais eclesiásticos que tinham competência para julgar incumprimentos de tais promessas (W. R. JONES, “The Two Laws in England: The Later Middle Ages”, p. 125; THOMSON, *The Early Tudor Church and Society*, p. 85).

²³⁶ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 116; RE, “The Roman Contribution to the Common Law”, p. 486.

²³⁷ JOHN OF SALISBURY, *Letters of John of Salisbury*, p. 224; para mais, O’CONNOR, *An Annotated Translation of the Letters of John of Salisbury*; HOSLER, *John of Salisbury*.

todas as promessas são, por definição, sagradas. De forma geral, a eficácia destas promessas estava condicionada à verificação de uma *garantia (surety)* dada por terceiro que, na maior parte dos casos, assumia a forma divina: DEUS não era apenas uma testemunha, mas também adquiria a qualidade garante do cumprimento da promessa²³⁸ através da afetação da honra do promitente e da sua palavra dada²³⁹.

No reino não predominava este princípio geral da vinculatividade unilateral da promessa²⁴⁰. As *forms of action* demonstravam que havia feudos onde a norma era a de que todas as promessas eram vinculativas, mas havia outros locais em que o oposto constituía a regra. A jurisdição eclesiástica, a *equity* e o direito mercantil, permitiam a vinculação unilateral. A visão canónica da promessa já foi abordada. A posição da *equity* aproximou o direito canónico do direito positivo, ao afirmar que a lei dos Homens deveria ser coerente com a lei divina. Finalmente, quanto ao direito mercantil, os tribunais de comércio ingleses, com fundamento no *ius gentium*, admitiram a eficácia obrigacional de promessas unilaterais feitas pelos comerciantes por motivos de eficiência das transações – não necessitavam de documentação, pois o negócio era baseado na oralidade e no velho formalismo da *stipulatio*²⁴¹.

O tema da *causa* não foi abordado diretamente pelos juristas ingleses que, conforme procurarei descrever, construíram um modelo paralelo baseado na doutrina da *consideration*. Todas as questões inerentes à eficácia obrigacional das promessas que surgiam antes da elaboração desta doutrina de forjamento enigmático²⁴² não tinham como ponto de partida a busca pela *causa civilis obligandi*. Até ao séc. XII os tribunais ingleses que julgavam matéria civil nunca

²³⁸ Cfr. POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 191-2.

²³⁹ Desenvolvendo o papel da promessa no direito canónico, ESMEIN, “Le serment promissoire dans le droit canonique”, pp. 248 e ss.

²⁴⁰ FARNSWORTH, “The Past of Promise”, p. 591.

²⁴¹ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 192-3.

²⁴² Cfr. HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 125-7.

tiveram, *ex officio*, de abordar a dogmática da emergência obrigacional de forma plena e concisa. A este propósito, RANULF DE GLANVILL escreveu que “não é costume o tribunal do Rei proteger acordos privados”²⁴³. Por isso, a matéria da vinculatividade de promessas efetuadas entre privados não estava sujeita a apreciação judiciária pelo tribunal régio. Quanto a esta clivagem, a História desenrolou-se no sentido favorável ao *common law* que foi, a pouco e pouco, afastando o grau de amplitude jurisdicional efetiva aos seus concorrentes diretos. Primeiramente, embora a *equity* tenha prevalecido em comunhão com o *common law*, a visão do *Chancellor* era a de que a *equity* só deveria intervir caso a jurisdição do *common law* assim o decretasse. Nas palavras de FARNSWORTH: “é um tributo à ingenuidade e flexibilidade dos juízes de *common law* a forma como foram bem sucedidos no sentido de permanecerem na mão do *Chancellor*, de forma a que o mérito pelo desenvolvimento da doutrina da vinculatividade da promessa que conhecemos hoje fossem da sua inteira *responsabilidade*”²⁴⁴. Só a partir do séc. XV, como resultado da mudança de paradigma (de *promise* para *contract*²⁴⁵), é que se começa a construir uma teoria geral do contrato. Por outro lado, de forma a evitar a ideia vinda do direito canónico segundo a qual (todas) as promessas eram sagradas, as *Constitutions of Clarendon* (1164) retiraram poder jurisdicional aos tribunais eclesiásticos sobre matérias de incumprimento de promessas (de fé)²⁴⁶. Por último, quanto ao direito mercantil, a partir do séc. XVI os tribunais do *common law* chamaram a si essa jurisdição. Uma das consequências deste chamamento resultou no *terminus* da visão segundo a qual as *simple (bare) promises* efetuadas no âmbito de uma relação comercial fossem dotadas de

²⁴³ GLANVILL, *Treatise*, 10, cap. 18.

²⁴⁴ FARNSWORTH, “The Past of Promise”, p. 592.

²⁴⁵ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 120.

²⁴⁶ Sobre o tema, vide BERMAN, *Law and Revolution*, pp. 256 e ss.; HUME, *The History of England*, pp. 350 e ss.; WALTER, *A History of England*, pp. 383 e ss.; LISTER, *Life and Administration of Edward*, pp. 192 e ss.; JONES, *Ecclesiastical History*, pp. 75 e ss.; STAUNTON, *The Lives of Thomas Becket*, pp. 91 e ss.; COXE, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, pp. 137 e ss. Para um estudo sobre a relação entre as duas jurisdições, W. R. JONES, “Relations of the Two Jurisdictions”, pp. 77 e ss.; COLLET, “Canon Law”, pp. 88-91.

vinculatividade. Como escreveu mais tarde MANSFIELD no caso *Pillans v. Van Mierop*²⁴⁷, “um *pactum nudum* não existe nos costumes e na lei mercantil”. Porém, sensivelmente um século depois, a *House of Lords* veio defender a posição contrária²⁴⁸.

O papel e o lugar da *promise* no direito inglês desviou-se dos caminhos continentais europeus, talvez por culpa da insularização, talvez devido à orgânica particular das instituições judiciais inglesas. Este desvio foi profundamente dogmático, não tendo sido apenas derivação do percurso evolutivo. Alguns académicos ingleses tinham plena consciência de toda a discussão romanística e medieval sobre matérias promissórias: GLANVILL familiarizou-se com o direito romano²⁴⁹ e BRACON estudou os textos de AZO²⁵⁰. Chegou inclusivamente espalhar-se o seguinte ditado popular entre os candidatos a magistrados judiciais: “*unless on Azo you prepare / Judicial robes you’ll never wear!*”²⁵¹. Mas é notório na obra *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England*, que GLANVILL evita abordar o problema, propondo uma *lei da dívida*²⁵² (perspetiva do incumprimento) em detrimento de uma *lei da promessa* (perspetiva da constituição do vínculo).

As influências romanísticas e jusnaturalistas são notórias em certos institutos e doutrinas que consagram manifestações da relevância jurídica da *promise* no direito inglês frutos da sua evolução histórico-jurídica. Tratarei desses institutos e doutrinas utilizando a perspetiva inglesa, *i. e.*, pegando na amplitude da eficácia e do *enforcement* do conceito perante o direito adjetivo através das

²⁴⁷ (1765) 3 Burr 1663, 1670.

²⁴⁸ Vide caso *Rann v. Hughes*, 4 Brown 27, 31, 2, Eng. Rep 18, 21 (1778).

²⁴⁹ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 121.

²⁵⁰ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 207.

²⁵¹ WIGMORE, *A Panorama of the World’s Legal Systems*, p. 1008.

²⁵² A expressão “*law of debt*” é utilizada em alguns manuais de história do direito inglês quando se reportam ao direito privado vigente na Inglaterra pré-moderna (cfr., por ex., BAKER, *Sources of English Legal History*, pp. 448 e ss.).

forms of action que, na verdade, não deixam de constituir corolários do pequeno legado do *ius romanum* em solo jurisdicional medieval inglês.

B. FORMS OF ACTION

Antes do séc. XIX, momento a partir do qual o direito inglês viveu a primeira grande fase de revolução e estruturação na dinâmica judiciária e na dogmática jurídica, a organização mental dos *common lawyers* continha um “*approach*” similar aos juristas romanos, manifestado, por exemplo, nas *forms of action (writs)*²⁵³. À medida que os tribunais ingleses começaram a julgar questões de incumprimento de promessas, no âmbito das relações entre privados surgem – reflexamente – *forms of action* adequadas às pretensões dos lesados. Esta evolução foi lenta e progressiva: mesmo após as escrituras de GLANVILL, os *writs* (em especial, o *writ of debt*) eram ainda figuras raras no *King’s Court*²⁵⁴. Embora se verifiquem muitas outras *forms of action*²⁵⁵, analisarei muito sucintamente três das que mais relevam para a temática da evolução histórica das ideias promissórias: *action of debt*, *action of covenant*, e *action of assumpsit*.

Como indica BRIAN SIMPSON, o termo *writ* tem uma natureza “curiosa”²⁵⁶. No início, consagrava uma ordem régia que era transmitida através do *sheriff*²⁵⁷ e tinha caráter normativo e natureza executiva. Foi sofrendo alterações substanciais ao longo dos tempos, nomeadamente quanto à fonte (passou do Rei aos tribunais judiciais ou até mesmo a entidades administrativas) e passou a atribuir ao ordenado

²⁵³ Neste sentido, GORDLEY, *Foundations of Private Law*, p. 47.

²⁵⁴ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 204-5.

²⁵⁵ Para um panorama histórico vide MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, *passim*, em especial, *Lecture I*.

²⁵⁶ SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 54-5.

²⁵⁷ MCGOVERN, “The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages”, p. 1161.

a possibilidade de impugnação do ato, contestando-se a existência ou exigibilidade da dívida.

i. *Action of debt*

Os resquícios históricos do *writ of debt* remontam ao séc. XII através da célebre obra *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* da autoria de GLANVILL, nascendo da clássica luta de poder jurisdicional entre a Igreja e a Monarquia que culminou com as *Constitutions of Clarendon*. É resultado da forte influência que teve o direito romano no jurista, embora GLANVILL se tenha distanciado – no que à substância diz respeito – deste direito²⁵⁸.

Resumidamente, a *action of debt* consistia na propositura de uma ação judicial com vista ao pagamento de uma dívida emergente de uma promessa²⁵⁹. O *writ* era uma *ordem* (para pagamento). É a espécie mais antiga que se conhece de *writ* contratual, sendo a *form of action* mais utilizada durante o período do direito intermédio. Estava socialmente ligada a ideias de vergonha e de desonra da palavra dada. Segundo GLANVILL, haveria duas maneiras de comprovar a dívida emergente da promessa: através de depoimentos de testemunhas e através de documento comprovativo de dívida²⁶⁰. Só as pretensões que seriam sujeitas à apreciação destes tipos de prova pelo tribunal (testemunhal e documental) é que recairiam na jurisdição do *King's Court*. Neste sentido, caso a situação jurídica subjacente não tivesse sido reduzida a escrito ou presenciada por alguém, a discussão do pleito só teria lugar nos tribunais eclesiásticos²⁶¹.

²⁵⁸ Alguns autores entendem que a influência do direito privado romano no direito privado medieval inglês se fez unicamente através da absorção terminológica deste perante os conceitos definidos por aquele. Neste sentido, SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, pp. 74 e ss.; IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, p. 19.

²⁵⁹ SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 55 e ss.

²⁶⁰ GLANVILL, *Treatise*, X, 12.

²⁶¹ GLANVILL, *ibid.*; cfr. HOLMES, *The Common Law*, pp. 265-6.

Para alguns juristas, o *writ of debt* não se confundia com relação jurídica subjacente²⁶² embora tivesse como fundamento um negócio jurídico cuja obrigação incumprida em causa teria uma natureza pecuniária, distinguindo-se, neste sentido, da *writ of detinue*²⁶³. Neste âmbito, POLLOCK e MAITLAND descrevem cinco fundamentos jurídicos (*causa debendi* – para os *year-books*, *quid pro quo*) que consistiam em quantias pecuniárias devidas por motivos de mútuo, compra e venda, locação de bem imóvel (a longo prazo ou tempo indeterminado), execução de garantia, ou reconhecimento de dívida²⁶⁴. Em cada uma das situações, o *quid* consistia no *enforcement* da promessa. Nas quatro primeiras, verificava-se uma promessa de pagamento de causa negocial direta: “prometer pagar porque foi emprestado” (mútuo) “prometer pagar porque se compra” (compra e venda), “prometer pagar porque se arrenda” (locação imobiliária), “prometer pagar porque se garante” (garantia); já a última a situação é diferente, pois sendo um caso de *acknowledgment of debt*, o fundamento jurídico subjacente ao *writ of debt* é a própria dívida abstratamente considerada²⁶⁵: não é, em bom rigor, uma promessa, mas sim uma declaração de ciência. Os juristas tiveram dificuldades em encarar esta *form of action* como resultado emergente do ato de prometer. MAITLAND, referindo-se à *action of debt*, afirma que “não cabe na cabeça de ninguém que a promessa é o fundamento jurídico para esta *form of action*”²⁶⁶. Era, pois, o direito à prestação – o direito ao recebimento de uma quantia pecuniária – que tinha de estar, na altura da propositura da ação, determinado²⁶⁷ e que conferia eficácia ao *writ of debt*.

²⁶² MCGOVERN, “Contract in Medieval England”, pp. 173-4.

²⁶³ Para uma distinção, vide TOMLINS, *The Law Dictionary*, termo “*debt*”.

²⁶⁴ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 210.

²⁶⁵ Este é o motivo da distinção que se encontra em alguns manuais ingleses entre “*debt on contract*” e “*debt on obligation*”.

²⁶⁶ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 212. Acompanhando, HOLMES, *The Common Law*, p. 264.

²⁶⁷ SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, p. 63; POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 210.

ii. ACTION OF COVENANT

Muito popular durante o reinado de HENRY III, este *writ* atribuía efetividade jurisdicional a determinados acordos ou convenções. Continha muitas semelhanças com a *action of debt* com exceção do seu âmbito de aplicação. De natureza ambígua²⁶⁸ ou híbrida²⁶⁹, o *writ of covenant* abrangia situações de direitos reais nos termos das quais tinha ficado acordado entre as partes certos direitos de passagem. As promessas abrangidas pelo acordo tinham a seguinte formulação genérica negativa e não estavam sujeitas à determinação de uma quantia certa: “prometo não passar aqui”²⁷⁰. Os valores respeitantes à indemnização pelo incumprimento não tinham de estar fixados por acordo e este, sob pena de invalidade, teria de estar reduzido a escrito²⁷¹. Mais tarde veio ampliar-se a todos os acordos baseados na ideia de *consensus*, desde que constassem de documento autêntico²⁷². O *Statute of Wales* (1284) indicava que as espécies de *writs of covenants* eram ilimitadas.

Contudo, face à grande abrangência do *writ of debt* e à emergência da *assumpsit*, esta *form of action* não teve tanto sucesso como se esperaria. À medida

²⁶⁸ HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 121-2.

²⁶⁹ SWAIN, “Contract as Promise”, pp. 8-9.

²⁷⁰ Para um aprofundamento histórico-dogmático, por todos, SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 9-52. Para o *common lawyer*, as “servidões de passagem” (*servitudes*) tinham uma natureza negocial e eram celebradas no interesse das partes envolvidas: aquele a quem era atribuído um direito de passagem beneficiava da possibilidade de deslocamento num terreno que, *prima facie*, estaria interdito à sua passagem; como contrapartida dessa atribuição era paga ao proprietário uma quantia pecuniária. Discute-se, porém, a questão de saber se as servidões de passagem nos ordenamentos jurídicos de *common law* devem ou não ser juridicamente eficazes. DEPOORTER e PARISI apoiam-se no sentido positivo apresentando argumentos económicos (“Fragmentation of Property Rights”: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes”, pp. 1 e ss.); GORDLEY, no mesmo sentido, apresenta argumentos lógicos, baseados nos princípios aristotélico-tomistas de justiça comutativa (*Foundations of Private Law*, pp. 81-2).

²⁷¹ POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, pp. 219-20.

²⁷² SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 9-10; LANGBEIN *et al.*, *A History of Common Law*, p. 322.

que as relações entre privados em Inglaterra se foram aperfeiçoando foram criadas nos acordos sujeitos à *action of covenant* obrigações cuja eficácia estava dependente de um evento futuro e incerto (*conditional bonds*) que consistiam numa forma de responsabilidade sem culpa. Nesta sede, HOLMES escreve que “se alguém prometer que choverá amanhã” deverá indemnizar o promissário caso o evento não se verifique, na medida em que “as consequências vinculativas de uma promessa no *common law* não são afetadas pelo grau de controlo que o promitente tem sobre o facto prometido”²⁷³. O incumprimento desencadeava o facto suspenso e o inadimplente ficava automaticamente obrigado ao pagamento de uma quantia certa, caindo no escopo do *writ of debt*²⁷⁴.

iii. ACTION OF ASSUMPSIT

A *assumpsit* – também designada por “*deceit*”²⁷⁵– veio ocupar o lugar da *action of debt*²⁷⁶, nos meados do séc. XVII²⁷⁷. A *action of assumpsit* tinha igualmente como objeto o incumprimento de promessas (*assumpsit et fideliter promisit*) efetuadas no âmbito dos direitos reais, baseada nas antigas “*actions of trespass on the case*”²⁷⁸ que, por sua vez, tinham substituído as *action of detinue*²⁷⁹.

²⁷³ HOLMES, *The Common Law*, p. 299.

²⁷⁴ Desenvolvendo a relação entre os dois *writs*, vide BRIAN SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 17-9.

²⁷⁵ Este termo é mais antigo [cfr. *The Case of John Doige*, 51 Sel. Soc. 97 K. B. (1442)].

²⁷⁶ caso *Garrok v. Heytesbery*, 11 Rich. 2 (Ames) 4, 6 (1387); FITZHERBERT, *La Graunde Abridgment*, p. 160.

²⁷⁷ Para um aprofundamento, AMES, “The History of Assumpsit”, pp. 1-19; BRIAN SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 199-203; ALLEN, *Socrates and Legal Obligation*, pp. 95 e ss.

²⁷⁸ As *action of detinue* emergiram por volta do séc. XIII, como demonstra o caso *Rattlesdene v Grunestone* (1317) YB 10 Edw II (54 SS) 14. Cfr. também MCGOVERN, “The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages”, pp. 1151-2.

²⁷⁹ MCGOVERN, *idem*, p. 1146.

A *assumpsit* veio dar proteção à inadimplência de quase todas as promessas²⁸⁰ abrangidas pela *action of debt (indebitatus assumpsit)* com vantagem da inexigibilidade em pleito da pré-determinação da quantia indenizatória. E, enquanto que na *action of debt* os *common lawyers* tiveram dificuldades em conceber a *actio* como resultado da vinculatividade de uma declaração promissória²⁸¹, a *action of assumpsit* permitiu, pela primeira vez na história do direito inglês, encarar a promessa como uma verdadeira fonte obrigacional²⁸².

Esta *form of action*, foi (sem dúvidas) aquela que mais importância histórica teve no direito privado inglês, tendo sido inclusivamente percussora da teoria do contrato do séc. XIX. Até meados do séc. XVII, abrangia tanto situações promissórias unilaterais como plurilaterais, na medida em que o ponto de partida era a promessa singularmente considerada e não o acordo. Por isso é que HOGG escreve que “a linguagem do pedido de *assumpsit* – que o réu tinha ‘assumido e honrosamente prometido’²⁸³ alguma coisa – era claramente de cariz promissória. E era, também, evidentemente unilateral, não existindo qualquer requisito para a necessidade de enunciação de um acordo por parte do autor ou de outra ação de sua parte que fosse relevante para a eficácia de tal promessa²⁸⁴”. Curiosamente, este paco passa despercebido por muitos juristas ingleses²⁸⁵. A par de HELMHOLZ alguma doutrina defende que a linguagem tipicamente assente na ideia de

²⁸⁰ Cfr. caso *Skyrne v. Butolf*, 11 Rich. 2 (Ames) 223, 227 (1388).

²⁸¹ Neste sentido, POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 212; HOLMES, *The Common Law*, p. 264

²⁸² A terminologia aponta nesse sentido pois “*debt*”, significando “dívida”, reporta-se o momento do incumprimento – alguém *deve* não (só) porque prometeu, mas porque prometeu e não cumpriu. Já “*assumpsit*”, que quer dizer “assumir”, relaciona-se intrinsecamente com o objeto da própria promessa e não com o incumprimento do ato prometido. Todavia, tinha de existir um dano para que a *assumpsit* procedesse (assim, ALLEN, *Socrates and Legal Obligation*, p. 99). Relacionando ambas as *forms of action*, IBBETSON, “Assumpsit and Debt in Early Sixteenth-Century”, pp. 142 e ss.

²⁸³ “*Assumpsit et fideliter promisit*”.

²⁸⁴ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 124.

²⁸⁵ IBBETSON é dos poucos académicos que nota este facto. Na sua obra *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, p. 138, lê-se a seguinte passagem: “*if the action of assumpsit was an action based on promise, it was a promise only in the weakest sense of the word, denoting nothing more than a voluntary undertaking*”.

promessa no quadro da *action of assumpsit* é fruto das influências do direito canónico, *maxime* no que toca à *fidei laesio*²⁸⁶ cujos pedidos assentavam no uso de expressões semelhantes²⁸⁷. O argumento utilizado surge da análise comparativa das linhas evolutivas da *fidei laesio* e da *assumpsit*. Este “empréstimo linguístico” é meramente quimérico porque embora os pedidos contenham virtualmente as mesmas palavras, a verdade é que desta simples verificação de consequências não se podia retirar a conclusão segundo a qual a linguagem da *fidei laesio*, baseada na ideia de promessa como partícula nuclear da emergência obrigacional voluntária, compreendia o mesmo conteúdo, método e *way of thinking* da *assumpsit*²⁸⁸.

O desenrolar da História não foi favorável à efetividade jurídica da vinculação de promessas unilaterais. A partir do séc. XVII começou a notar-se uma transformação da visão da *action of assumpsit* no sentido de restringir o discurso subjacente unicamente a situações plurilaterais²⁸⁹. Um dos fatores que contribuiu para esse mesmo desaparecimento da figura da promessa singularmente considerada como elemento gerador de obrigações, transmitindo-se tal papel para o contrato, foi o próprio surgimento da *doctrine of consideration* no contexto do *common law*.

3.2.3. QUEDA

A doutrina da *consideration* é o alicerce da teoria da formação dos contratos dos sistemas de *common law*. A origem da *consideration*, embora não sendo totalmente clara²⁹⁰, esteve sujeita a uma grande dedicação histórica por parte dos

²⁸⁶ HELMHOLZ, “Assumpsit and Fidei Laesio”, pp. 406 e ss.

²⁸⁷ HELMHOLZ, “Contracts and the Canon Law”, p. 62. Ver também, MARTÍNEZ-TORRÓN, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, pp. 134 e ss.

²⁸⁸ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 125.

²⁸⁹ Cfr. caso *Hurford v. Pile* (1618) Cro. Jac. 483, 291.

²⁹⁰ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 137. Para um resumo, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 125-7.

autores ingleses²⁹¹, porém sem algum resultado preciso²⁹². O próprio termo é dúbio e abrange uma multiplicidade de subtemas. Como indica MILSOM, a *consideration* é “simplesmente uma etiqueta num pacote que contem variadas regras separadas”²⁹³. É possível verificar essa imprecisão na obra clássica *History of The Common Law of Contract* da autoria de BRIAN SIMPSON²⁹⁴. O autor começa por demonstrar que a doutrina da *consideration* derivou muito provavelmente dos usos desenvolvidos a partir dos direitos reais, nomeadamente no que diz respeito a questões diretas ou conexas com o direito de propriedade. Não obstante, SIMPSON questiona-se se, na verdade, a origem tem como fonte o direito canónico através do texto clássico de SAINT GERMAN, *Doctor and Student*, publicado em 1523²⁹⁵, que relata um diálogo hipotético entre uma personagem denominada por *Doctor of Divinity* e um estudante de direito de *common law*. Sem prejuízo de serem manifestamente evidentes as invocações textuais à ideia de promessa enquanto base geradora de obrigações, a obra contém uma passagem (segundo diálogo, Capítulo XXIII), que indicia uma correlação direta entre as doutrinas canonistas da *causa* e aquilo a que os *common lawyers* vêm a denominar por *consideration*. SIMPSON considera, porém, que o capítulo do diálogo em análise se reporta apenas à vinculatividade de promessas morais e não promessas juridicamente relevantes²⁹⁶. De qualquer forma, reconhece que não se deve descartar, *tout court*, fontes canonistas baseadas na teoria da *causa* enquanto pré-doutrinas da teoria da

²⁹¹ Vide, por exemplo, SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, Parte II, Cap. 4 a 7; IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 141-5; do mesmo autor, “Consideration and the Theory of Contract in the Sixteenth Century Common Law”, pp. 67 e ss.; BAKER, “The Origins of the ‘Doctrine’ of Consideration and the Theory of Contract”, pp. 361 e ss.; JENKS, *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, *passim*.

²⁹² MARTÍNEZ-TORRÓN, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, p.135.

²⁹³ MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, pp. 356-40.

²⁹⁴ SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, pp. 327-74. Também em *Legal Theory and Legal History*, pp. 173 e ss. SIMPSON dedica-se ao mesmo tema.

²⁹⁵ Para uma reimpressão atual em inglês, vide PLUCKNETT, BARTON, *St. German’s Doctor and Student*, London, Selden Society, 1974; ver também a monografia de GERMAN, MUCHALL, *The Doctor and Student*.

²⁹⁶ SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, p. 396.

consideration, bem como o facto de a *assumpsit* ter servido de catapulta para a elaboração dessa doutrina²⁹⁷. Em sentido paralelo se posicionou MILSOM²⁹⁸, afirmando que a *consideration* nasceu do conceito canónico de *causa* elaborado pelos jusnaturalistas. Rematando esta questão, MARTÍNEZ-TORRÓN escreve que “se a *action of assumpsit* e a doutrina da *consideration* foram resultado da influência do direito canónico, ou tenham simplesmente emergido no seio do *common law*, é algo que ficará como um dos muitos segredos que ficarão eternamente guardados pela História”²⁹⁹.

A ideia principal que a doutrina da *consideration* trouxe ao direito “negocial” inglês a partir do séc. XVI, é a de que qualquer “promessa” juridicamente relevante tem de ter *consideration* sob pena de impossibilidade de fazer valer perante um tribunal judicial o direito à prestação prometida através da *action of assumpsit*. A colocação de aspas no vocábulo “promessa” tem uma razão de ser: é que, do ponto de vista do *common lawyer* da época, os termos *promise* and *agreement* estavam intrinsecamente ligados e, de uma perspetiva linguística, pode afirmar-se que eram (quase) sinónimos³⁰⁰. BAKER ilustra este facto quando escreve “promessa e acordo são um só, pois em cada acordo válido e eficaz há uma promessa”³⁰¹. A partir de meados do séc. XVI, sempre que se tratasse de um incumprimento de uma dívida pecuniária, os *common lawyers*, no quadro da

²⁹⁷ Isto não significa que ambas as teorias sejam idênticas, antes pelo contrário. Acompanhando, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 137.

²⁹⁸ MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, p. 357.

²⁹⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, p. 135.

³⁰⁰ IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 136-7; SWAIN, “Contract as Promise”, p. 10. Mais: *promise* e *assumpsit* também teriam o mesmo significado, como se constata neste discurso judicial citado por BAKER: “when the plaintiff said, ‘you shall have my corn’ and the other said, ‘you shall have so much money for your corn’, express promises. These words *assumpsit*, *promisit* and *agreavit* are all synonymous and one signification. Would you have every plain man use the proper words ‘I assume’ or ‘I take upon myself’? It is unnecessary. If he says ‘I promise’ or ‘I agree’ it is tantamount, and all one. If you will deny that there was any promise here, there is no contract either, for in every contract there is a reciprocal agreement: *actus contra actum*” (*Sources of English Legal History*, p. 467, nota 68).

³⁰¹ BAKER, *ibid.*

assumpsit, começaram a centralizar o pedido indenizatório com fundamento num acordo que as partes celebraram. No contexto desse contrato, uma das partes tinha prometido pagar e não cumpriu. Assim era porque o réu procurava, desde logo, excecionar, invocando o argumento segundo o qual a forma adequada para este tipo de processo era a *action of debt*. Ora, como esta *action* implicava certos mecanismos processuais que não se coadunavam da melhor forma com o interesse do autor em comparação com a *assumpsit*, nomeadamente no que respeita aos meios e às exigências probatórias, os advogados tentavam justificar a *action of assumpsit* como adequada a estas situações fácticas. E assim nasceu a *indebitatus assumpsit*³⁰².

Através desta linha argumentativa, que deixou de se concentrar no incumprimento e passou a concentrar-se no acordo, foi cada vez mais fácil convencer as instâncias judiciais de que a *assumpsit* se afigurava como o mecanismo correto a seguir. E foi com o caso *Pykeryng v. Thoroughgood*³⁰³ que a mudança de paradigma começou³⁰⁴. Mas o processo foi gradativo, tendo durado cerca de meio século a ganhar raízes. Durante esse período ainda resistiam resquícios de promessas unilaterais. Nos *Common Pleas*, a responsabilidade era fundada com base na ideia de promessa nos termos da qual ao autor caberia o ónus de provar a sua existência; já os processos decorrentes no *King's Bench* não exigiam esse ónus de prova, sendo ficcionada a existência do ato promissório.

Como se pode notar, esta alteração parece ter tido como efeito mediato a restrição das – até então esquecidas – ideias jusnaturalistas de liberalidade e justiça comutativa, levando à queda da promessa unilateral. Relembro que os juristas e canonistas medievais da Europa continental tinham elaborado a doutrina da *causa* com base nas ideias de liberalidade e de justiça comutativa. E, durante séculos, este pensamento dominou o direito privado continental europeu, domínio esse que

³⁰² Para mais, *vide*, por todos, STREET, *The Theory and Development of Common-Law Actions*, cap. XV, pp. 182 e ss.

³⁰³ Cfr. caso *Pykeryng v Thoroughgood*, KB (1532).

³⁰⁴ Cfr. *Slade's case* 76 ER 1072 (1602).

contaminou, ainda que *a latere*, as ilhas britânicas. Contudo, aquela forma de pensar os modos constitutivos de obrigações jurídicas voluntárias – colocando o conceito de *promessa* com semântica idêntica a contrato, acordo e *assumpsit* – não poderia levar a outro resultado que não a inexigibilidade genérica de promessas unilaterais gratuitas (*bare promises*), o que tem como consequência imediata a preclusão de um direito à prestação baseado numa promessa inserida num contrato (de troca) no caso de a contra-promessa ser inválida. Se tal suceder, o pedido jaz numa promessa puramente gratuita³⁰⁵.

De forma a “acamar” esta alteração paradigmática, os juízes de *common law* sentiram necessidade de construir uma teoria – à qual deram o nome de *consideration*³⁰⁶ – que fazia lembrar ao de leve a teoria da *causa* dos jusnaturalistas e dos comentadores BALDUS e BARTOLUS. Mas enquanto que os autores da doutrina da *causa* tinham-na elaborado com base no binómio “onerosidade vs gratuitidade” – clivagem justificativa da causa-contrapartida e da causa-liberalidade – os juízes ingleses olharam para a *consideration* através de uma perspetiva puramente de direito adjetivo, perspetiva essa que era alheia aos fundamentos da vinculatividade da promessa³⁰⁷. Muitos juristas de *common law* – de entre os quais se destaca BLACKSTONE³⁰⁸ – encontraram uma ligação ontológica entre *causa* e *consideration*. BLACKSTONE começa definir *consideration* como “motivo pelo qual se contrata”³⁰⁹, pois o contrato (de troca) constituía o arquétipo da doutrina³¹⁰. A verdade é que, tal como ditou o panorama jurisprudencial inglês,

³⁰⁵ Esta posição perdurou e contaminou outras jurisdições conforme se pode constatar no caso australiano *Larkin v. Girvan* (1940) SR (NSW) p. 367.

³⁰⁶ A primeira referência à expressão dá-se no caso *Joscelin v. Shelton* (1557) 2 Leon. 4.

³⁰⁷ Questiono-me se alguma vez a promessa chegou a ter um papel equiparado àquele que teve o contrato a partir – principalmente – do séc. XIX no direito inglês. Julgo que o papel da promessa no direito intermédio inglês foi “envergonhado”, por um lado, e “desalinhado”, por outro. Foi “envergonhado” porque os tribunais do reino nunca se formularam uma teoria geral da promessa; e foi “desalinhado” na medida em que a intrusão jurisprudencial da figura foi perpetrada pelos tribunais eclesiásticos.

³⁰⁸ E mais tarde, no direito norte-americano (KENT, *Commentaries on American Law*, p. 630).

³⁰⁹ BLACKSTONE, *Commentaries on The Law of England*, p. 444.

³¹⁰ Cfr. caso *Sturlyn v. Albany Cro.* Eliz 67, QB (1587).

incluiu-se no conceito de contrato certas promessas que, do ponto de vista do jurista de *civil law*, seriam qualificadas como puramente unilaterais. Por exemplo, alguns juristas procuraram “encontrar” *consideration* na promessa unilateral feita a um futuro genro – a *consideration* jazia no contrato de casamento³¹¹. Só as promessas gratuitas ficariam fora do âmbito de proteção do credor conferido pela *assumpsit*³¹². Não me parece legítimo entender que a *consideration* veio restringir a teoria da *causa* apenas no que toca a factos jurídicos voluntários baseados na justiça comutativa porquanto ambas foram *forjadas* para diferentes propósitos³¹³: a *causa*, de pendor teórico e filosófico; a *consideration*, de vertente pragmática. A *consideration* não nasce para construir uma doutrina geral sobre a promessa, não pretende responder à questão de saber se uma determinada promessa faz ou não emergir obrigações morais ou jurídicas ao contrário do que sucedeu com a doutrina da *causa*; ela nasce, isso sim, de forma pretoriana (jurisprudencial), com o objetivo único de limitar as *action of assumpsit*, traçando fronteiras, por um lado, entre esta *form of action* da *action of debt* e, por outro lado, entre aquela e a impossibilidade de recorrer às *forms of action*.

3.3. DE VOLTA À EUROPA CONTINENTAL: O HOLOCAUSTO DA PROMESSA UNILATERAL E A ESCOLA CLÁSSICA DE DIREITO NATURAL

O advento da revolução jurídico-filosófica do séc. XIX nos ordenamentos jurídicos europeus deveu-se em grande parte ao contributo de ilustres juristas *ultramontanus*. *Inter alia*, destacarei aqueles que, na minha opinião, mais se dedicaram ao tema da promessa: GROTIUS, PUFENDORF, BARBEYRAR e WOLFF.

³¹¹ Até ao início do séc. XIX o amor e o afeto da família eram vistos como *consideration* (na lei dos *trusts*) – cfr. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 206-8.

³¹² Cfr. SWAIN, “Contract as Promise”, p. 10; IBBETSON, “Consideration and the Theory of Contract in the Sixteenth Century Common Law”, p. 67.

³¹³ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 137.

Acompanhando filósofos como HOBBS, ROUSSEAU e LOCKE, estes nomes fizeram parte daquilo a que se veio a chamar da escolástica clássica do direito natural, fundada pelo holandês HUGO DE GROOT (GROTIUS), escola de pensamento essa que foi beber à doutrina aristotélico-tomista, tendo sido a última geração de juristas com pensamentos ligados à ideia jusnaturalista. GROTIUS rompe com a tradição e estilo de escrita jurídica dos seus antepassados intelectuais mais próximos. Os seus sucessores, PUFENDORF e BARBEYRAC seguiram-no, criando uma nova ciência jurídica. Com bases pré-iluministas fundadas na ideia de racionalismo, esta escola entendia que o estado-natureza do ser humano pré-existia a qualquer conceito jurídico ou até à própria sociedade³¹⁴. O poder normativo jaz no indivíduo que o transmite a outras pessoas jurídicas ou à sociedade pelos mais variados motivos³¹⁵. É através do ato de prometer que o indivíduo atribui ao beneficiário o poder normativo de exigir o cumprimento da prestação devida³¹⁶. Esta transferência de poderes tem o nome de *particulae libertatis*, porque parte da liberdade do promitente fora transferida com a declaração promissória³¹⁷.

Na famosa obra *De jure belli ac pacis* (1625) GROTIUS dedica um capítulo inteiro do seu Livro II ao tema da promessa³¹⁸. Como nota HOGG³¹⁹, é curioso que GROTIUS tenha tratado da promessa antes do contrato – ao contrário de PUFENDORF que procurou unificar os conceitos³²⁰. Sem mais desenvolvimentos,

³¹⁴ Vide, por todos, HOCHSTRASSER, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, *passim*; AAVV, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, pp. 47 e ss.; GORDLEY, *The Jurists: a Critical History*, cap. V, pp. 128 e ss.; *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, pp. 112 e ss.

³¹⁵ As noções de poderes normativos intrínsecos ao ser humano são bem visíveis nas obras *Leviathan* (THOMAS HOBBS, 1660) e *Du contrat sociale ou principes du droit politique* (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, 1762).

³¹⁶ AAVV, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, p. 50.

³¹⁷ LIVELY, REEVE, *Modern Political Theory from Hobbes to Marx*, p. 83.

³¹⁸ GROTIUS, *De jure belli ac pacis (On the War of Law and Peace)*, trad. por A.C. CAMPBELL, Kitchener, Batoche Books, 2001, pp. 107 e ss. As referências serão feitas, todavia, aos livros, capítulos e parágrafos do original. Desenvolvendo, ver a monografia de DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*.

³¹⁹ *Promises and Contract Law*, p. 128; também ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, pp. 8 e ss.

³²⁰ Para uma análise das razões subjacentes, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 567-8.

GROTIUS afirma que as obrigações voluntárias nascem diretamente das promessas e não de acordos³²¹. Criticou CONNANUS ao referir que a obrigação de cumprimento de uma promessa não se funda no valor de justiça, mas sim na honra e honestidade: segundo a escola clássica de direito natural, a honestidade é pessoal e independente de efeitos externos. As críticas de PUFENDORF foram ainda mais duras: afirmou que doutrina de CONNANUS “destrói toda a possibilidade de fraternidade e liberalidade³²²”. Mas GROTIUS estava bem ciente da dicotomia entre direito e moral, e bem assim, da sua afetação na ideia de promessa. Após tratar do tema das obrigações imperfeitas (condicionais³²³), afirma que as promessas juridicamente vinculativas são aquelas nos termos das quais existe uma manifestação externa da intenção de conferir um direito na contraparte, invocando a *particulae libertatis* (*alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis*³²⁴) quando equipara o ato de prometer à transferência de propriedade³²⁵.

GROTIUS também se posicionou quanto à discussão sobre a necessidade de aceitação da promessa por parte do beneficiário. Apoiando a sua explicação na doutrina de LESSIUS, admite a aparente efetividade de promessas desprovidas de aceitação no *ius romanum* – como é o caso da *pollicitatio*. Mas rapidamente destrói essa aparência, ao mencionar que qualquer ato gratuito de transferência de propriedade requer *sempre* aceitação do adquirente (*ius proprium alteri non*

³²¹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, I.

³²² PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, III, 9. E pergunta, em seguida: “porque não se pode gostar e confiar em alguém que me promete dar alguma coisa?” (*ibid.*); ATIYAH considera este argumento falacioso (*Promises, Morals and Law*, p. 11).

³²³ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, III e XV.

³²⁴ Para desenvolvimentos, *vide* BEHRENDT, “Treu und Glauben”, pp. 964 e ss.; SCHMIDLIN, “Die Beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts”, pp. 187 e ss.

³²⁵ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, IV.

dat)³²⁶⁻³²⁷. E, na esteira de LESSIUS³²⁸, defende que a consequência jurídica da declaração promissória é apenas a irrevogabilidade do ato³²⁹. Esta conclusão derivaria tão-só do direito positivo e não da lei natural. PUFENDORF³³⁰ e BARBEYRAC (e também, mais tarde na transição pandectística, POTHIER³³¹) apoiariam estas teses que tornaram aceitação da promessa como um princípio de direito natural³³².

PUFENDORF, contudo, discordava do seu mestre no que toca ao argumento relativo à invocação indireta do instituto da *pollicitatio*. Era da opinião que a *pollicitatio* não era uma promessa unilateral, mas sim uma promessa contida num acordo: o *Estado* seria a contraparte desse acordo, tendo previamente aceite a promessa³³³. O jurista alemão leva a ideia de aceitação da promessa à definição de contrato: se a promessa tem de ser aceite e se todos os contratos são baseados na aceitação mútua, então, um contrato deve ser entendido como uma promessa aceite³³⁴. GROTIUS e PUFENDORF são da opinião de que para se saber qual o momento em que uma promessa se torna eficaz após a aceitação (*perfecta promissio*), é relevante distinguir entre promessas unilaterais e promessas tendentes a um contrato. No primeiro caso, se a promessa for gratuita, ela é eficaz sempre que o promissário exteriorizar a sua aceitação independentemente do conhecimento por parte do promitente quanto a esse facto; no segundo caso, ela

³²⁶ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, XIII. No mesmo sentido se posicionou mais tarde CHRISTIAN WOLFF (*Ius naturae: methodo scientifica pertractatum*, §7).

³²⁷ Como nota NANZ, GROTIUS é o pioneiro de uma *integração orgânica* da figura da promessa, estabelecendo fronteiras entre a noção de prometer e o seu efeito perlocutório de aceitar (NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs*, p. 146).

³²⁸ LESSIUS, *De iustitia et iure*, livro II, Cap. 18, 6.

³²⁹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, XIV.

³³⁰ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, III, VI, XV; *Elementorum Jurisprudentiae universalis libri duo*, trad. por WILLIAM ABBOT OLDFATHER, 1931 (as referências serão feitas tendo em conta a estrutura original da obra).

³³¹ POTHIER, *Traité des obligations*, pp. 9-10.

³³² GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 81.

³³³ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, III, VI, XV.

³³⁴ PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, I, XII, 10-12.

torna-se eficaz apenas após conhecimento desse ato reativo pelo promitente³³⁵. É exatamente a *acceptio* que atribui o direito à prestação (*ius proprium alteri conferre*) e, nesse sentido, a sua revogação antes da aceitação não se torna injusta³³⁶.

Um pouco mais tarde, CHRISTIAN WOLFF, embebido pelas ideias iluministas, vem acrescentar um elemento ao debate ao afirmar que “quando alguém indica que pretende fazer ou dar alguma coisa a outrem, tencionando transferir o direito à prestação para essa pessoa, diz-se que fez uma promessa”³³⁷. Esta definição de promessa comporta um importante corolário: não parece atribuir relevância ao ato de aceitação como causa constitutiva e condição de eficácia da promessa³³⁸. Por este motivo, WOLFF introduz no debate que adjetivou de “confuso” a distinção entre validade e eficácia. Para o jurista, a promessa sem aceitação é válida, porém, ineficaz³³⁹. Aqui nasceu um dos fundamentos do *Vertragsprinzip*.

Alguns autores interpretam a alusão por parte de GROTIUS a “promessas condicionais”³⁴⁰ no sentido de as ajustar num quadro negocial plurilateral³⁴¹. A sua definição de contrato aponta para uma categoria que abrange tanto atos complexos de troca bem como simples atribuições de benefícios, reformulando os conceitos aristotélicos de liberalidade e justiça comutativa, sem nunca abandonar a ideia de reciprocidade. Esta mesma ideia de reciprocidade salvará a vinculatividade jurídica de promessas unilaterais (puramente gratuitas) no quadro de pensamento dos seus sucessores. PUFENDORF, na obra *Elementorum jurisprudentiae universalis* (definição XII), dá-nos a sua noção de “obrigação” como uma

³³⁵ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, XV.

³³⁶ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, XVI.

³³⁷ WOLFF, *Ius naturae*, §361.

³³⁸ Desenvolvendo, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, pp. 75-6.

³³⁹ WOLFF, *Ius naturae*, §361 e §363.

³⁴⁰ Ainda que a condição seja implícita (*tacit conditio*), *idem*, II, XVI, XXV,

³⁴¹ Assim, HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 129.

“qualidade operativa moral através da qual alguém se encontra vinculado a fornecer, permitir, ou a fazer alguma coisa”³⁴².

PUFENDORF descreve três classificações de obrigações entre as quais se encontra a divisão conceitual entre *obrigações mútuas* e *não-mútuas*³⁴³. Uma obrigação mútua é uma obrigação à qual corresponde outra obrigação (*synallagma* e mutualismo)³⁴⁴. Contrariamente, uma obrigação não-mútua funda-se nas ideias de unilateralidade e, num certo sentido, de desigualdade, como sucede no dever de absoluta obediência que existe perante DEUS, em que não há um contra-dever correspondente da parte divina³⁴⁵. PUFENDORF não utilizou este exemplo em vão. Na verdade, fê-lo com a subtileza necessária para extrair uma outra conclusão: a de que, perante o direito natural não existem num plano estritamente horizontal, obrigações não-mútuas, pois é “repugnante face à igualdade natural entre Homens que um se vincule do outro de tal forma que este último não se vincule também perante aquele”³⁴⁶. Por conseguinte, parece daqui decorrer que o filósofo tomou posição no sentido da inoperância jurídica de promessas puramente gratuitas. Os jusnaturalistas entendem que o destinatário de declarações promissórias puramente gratuitas tem uma obrigação (recíproca) de gratidão face ao promitente, dever esse que se constitui apenas no plano moral³⁴⁷.

GROTIUS foi o último jusnaturalista a enquadrar a promessa enquanto partícula atômica geradora de obrigações, passando da justiça para a confiança; da unilateralidade para a plurilateralidade; da individualidade para a reciprocidade;

³⁴² PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, I, XII.

³⁴³ PUFENDORF, *idem*, 1-6. As outras classificações dicotómicas são (i) obrigações congénitas (emanam da natureza humana; deveres perante DEUS; direito natural) e obrigações adventícias (derivam da lei do Homem e da vontade do indivíduo; direito positivo); (ii) obrigações igualitárias (existem horizontalmente entre indivíduos do mesmo estrato civil) e obrigações inigualitárias (existem verticalmente entre os indivíduos e o divino ou entre os indivíduos de estratos civis diferentes).

³⁴⁴ PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, I, XII, 5 e 6.

³⁴⁵ PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, I, XII, 5.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 131.

do monólogo para o diálogo. Os seus sucessores vilipendiaram tal concepção, forjando uma nova linha de pensamento que, em pleno advento da revolução jurídico-privada do séc. XIX, se tornou o verdadeiro holocausto das ideias promissórias. Essa mudança paradigmática foi gradativa. PUFENDORF, embora concordante em muitos aspetos com o seu mestre tomou um caminho diferente quanto ao papel da promessa enquanto elemento constituinte de obrigações. Nas suas obras *De jure naturae et gentium* e *Elementorum jurisprudentiae universalis* o jurista alemão deu mais ênfase ao contrato em detrimento da promessa, na medida em que concebia esta figura como um meio analítico daquela, um elemento fundamental na constituição de obrigações: *um contrato é uma promessa aceite*. Por fim, PUFENDORF aproveitou o conceito de “promessa condicional” do filósofo holandês de forma a construir uma teoria do contrato assente na já mencionada ideia de mutualismo³⁴⁸.

3.4. STAIR E O DESVIO DO DIREITO ESCOCÊS

O direito escocês merece destaque porque é único ordenamento jurídico em toda a Europa que mais bebeu da tese canónica de que todas as promessas unilaterais devem ser vinculativas. Esse legado perdura até aos dias de hoje. Por variadíssimos motivos históricos que não importam agora desenvolver³⁴⁹, o direito escocês teve desde há muitos séculos uma forte ligação com os direitos de *civil law*, motivo pelo qual se tornou num sistema jurídico híbrido. Foi influenciado pelo direito eclesiástico e pelas tradições romanísticas que constituíam objeto de

³⁴⁸ PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis*, I, XII, 12.

³⁴⁹ Para um aprofundamento, *vide, inter alia*, as seguintes obras coletivas: AAVv, *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*; AAVv, *New Perspectives in Scottish Legal History*. Para um desenvolvimento sobre o jusnaturalismo na “Alemanha”, AHRENS, *Das Naturrecht*.

estudo pelas universidades estrangeiras e que formavam juristas escoceses³⁵⁰. No período intermédio, encontram-se referências a glosadores e comentadores feitas pelos advogados perante os tribunais eclesiásticos. Conhecedores de toda a discussão sobre a vinculatividade da promessa que aquecia os palcos doutrinários da Europa continental, as influências de autores estrangeiros tornaram-se – num piscar de olhos – constitutivas de um grande afluente dogmático face ao – também insular – direito inglês³⁵¹.

Desde o início do séc. XVII, com a criação da Grã-Bretanha através do *Treaty of Unity*, que a Escócia é jurisdicionalmente autónoma³⁵², vivenciando uma progressão histórico-jurídica um tanto ou quanto antagónica em comparação com o percurso presenciado em Inglaterra. Enquanto que em solo inglês se procurou restringir o poder jurisdicional aos tribunais eclesiásticos (sendo um dos objetivos exatamente forçar a inexigibilidade jurídica das promessas unilaterais, contrariando as ideias canónicas), atribuindo mais poder ao *common law*, na Escócia, por sua vez, sucedeu uma fusão entre a jurisdição civil e canónica. Esta osmose veio introduzir no direito privado escocês a ideia de que a promessa é – a par com o contrato – fonte voluntária das obrigações. Na Escócia, a promessa sujeita à condição de aceitação chama-se “oferta”, tendo este ato como efeito a constituição de uma obrigação, transformando a figura da promessa num contrato – e, a promessa pura, sem necessidade de aceitação, é eficaz *ab initio*, desde que exteriorizada e comunicada³⁵³.

Este facto tornou-se substancialmente visível após o legado de JAMES DARLYMPLE, mais conhecido por VISCONDE DE STAIR, influente jurista escocês do séc. XVII. STAIR era conhecedor tanto da morfologia do direito inglês como

³⁵⁰ O jurista WILLIAM DE SPYNIE estudou arte e direito canónico em Paris e direito romano, provavelmente em Avignon (para mais exemplos, WATT, *A Biographical Dictionary of Scots Graduates to 1410*). Note-se que só em 1413 é fundada a primeira Universidade (*University of St. Andrews*).

³⁵¹ E, por arrastamento colonial, ao direito norte-americano.

³⁵² Cfr. *Treaty of Unity*, artigo 19.

³⁵³ PALMER, *Mixed Jurisdictions Compared*, pp. 297 e ss.; STAIR, *Institutions*, pp. 90 e ss.

dos direitos de *civil law* que contaminavam a Europa continental. Em *The Institutions of the Law of Scotland*, na esteira de GROTIUS e PUFENDORF³⁵⁴, construiu uma verdadeira teoria clássica da vontade, tecendo críticas à doutrina de CONNANUS ao defender a ideia de que as promessas gratuitas não constituem apenas obrigações morais, mas compreendem constituições de vínculos obrigacionais juridicamente relevantes³⁵⁵. Apenas as promessas em que se encontram vicissitudes quanto a pressupostos formais são vinculativas no plano moral – justificou esta conclusão com base nos valores da consciência e honestidade³⁵⁶. STAIR dedicou muito tempo à descrição e análise das instituições do direito privado romano com o objetivo de criar paralelismos e harmonizar influências romanísticas no quadro do direito escocês³⁵⁷, distinguindo os discursos dialogais dos monologais. Criou uma tripartição concetual de espécies promissórias: a promessa sob condição de aceitação (*deupleiros*), a promessa unilateral (*monopleuros*)³⁵⁸ e o caso especial da figura *jus quaestium tertio* (estipulação a favor de terceiro).

STAIR arruma numa só gaveta os termos “*pactum*” (vestido), “*contractus*”, “convenção” e “acordo”, afirmando que todos eles têm por base a ideia de consentimento³⁵⁹. A promessa condicionada à aceitação deve ser interpretada como “oferta”: o ato de aceitação tem como efeito imediato a transformação da

³⁵⁴ Os jusnaturalistas tiveram uma maior influência direta no direito escocês do que no direito inglês (ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, p. 13).

³⁵⁵ STAIR, *Institutions*, pp. 94-5.

³⁵⁶ *Ibid.* Acompanho a posição de HOGG quando defende que a alusão aos valores da honestidade por parte de STAIR relembra a teoria de ARISTÓTELES da promessa como ato linguístico fundado na verdade e honra (*Promises and Contract Law*, p. 135, nota de rodapé 124).

³⁵⁷ Curiosamente, STAIR faz uma única alusão ao instituto da *pollicitatio* nomeadamente quando elabora uma clivagem entre, por uma banda, a promessa e a *pollicitatio* e, por outra, o *pactum*, contrato e oferta (cfr. STAIR, *Institutions*, p. 91). Existe um debate aceso na Escócia no sentido de interpretar esta referência à *pollicitatio* não como uma invocação do instituto romano na sua aceção originária, mas uma equiparação do conceito à noção contemporânea de *promessa unilateral* (neste sentido apontam MACCORMACK, “A Note on Stair’s Use of the Term *Pollicitatio*”, pp. 121-6; CROSS, “Bare Promise in Scots Law”, pp. 138 e ss.). Ver também, amplamente, GORDON, *Roman Law, Scots Law and Legal History*.

³⁵⁸ STAIR, *Institutions*, p. 92.

³⁵⁹ *Idem*, pp. 94-5.

declaração promissória num contrato (ainda que gratuito)³⁶⁰. Uma das grandes novidades da teoria das obrigações de STAIR é a desnecessidade de *causa* ou *consideration* das declarações promissórias dos contratos gratuitos, requerendo-se tão-somente a aquiescência das partes³⁶¹. Noutra prateleira, STAIR produz uma doutrina da promessa unilateral “simples e pura” (*bare promise*), atribuindo-lhe validade e eficácia jurídica, sem nunca explicar o verdadeiro sentido de simplicidade e pureza. Parece-me que estas adjetivações só poderão quer dizer uma coisa: que os efeitos obrigacionais da promessa não se encontram condicionados a uma aceitação ou adesão do beneficiário. Ao admitir a eficácia de promessas unilaterais puras – desprovidas de *causa* e *consideration* – o autor distancia-se de GROTIUS e de LESSIUS e da larga maioria dos jusnaturalistas continentais seus contemporâneos, posicionando-se ao lado da escolástica salamanquina, nomeadamente junto de SOTO, MOLINA e COVARRUVIAS, ao fazer notar que o direito escocês deriva, outrossim, do direito canónico e este direito admitia, sem dúvida, a vinculatividade dos *pacta nuda*³⁶².

É bastante visível na sua obra que as ideias aristotélicas de justiça comutativa e de liberalidade se encontram contaminadas pelas concepções de autonomia da vontade que na altura florescia na filosofia do direito privado da família jurídica romano-germânica. STAIR preferiu trocar as virtudes de liberalidade para motivos de confiança, igualdade entre os homens, justiça divina, e bem assim razões comerciais³⁶³. E é exatamente aqui que jaz a justificação teórica para o abandono da importância da teoria da *causa*, sendo substituída pela vontade do promitente, ou, nas palavras de STAIR, pela sua “fé”³⁶⁴. Não considero

³⁶⁰ *Idem*, p. 92.

³⁶¹ STAIR, *Institutions*, pp. 97-8. Este facto representa uma manifestação da ainda *nascitura* teoria da vontade de SAVIGNY.

³⁶² STAIR, *Institutions*, p. 92. Por outro lado, critica MOLINA e SOTO – apoiando-se em GROTIUS e PUFENDORF – quando afirma que a promessa só será vinculativa se for expressamente enunciada (*idem*, p. 91).

³⁶³ STAIR, *Institutions*, pp. 94-5.

³⁶⁴ STAIR, *Institutions*, p. 91.

por isso que o autor se tenha distanciado da visão humanística do direito natural³⁶⁵, mas sim que se tenha embebido dessa visão adicionando-lhe toques de protestantismo e ideias racionalistas provindas de um *ratio* pré-iluminista. Tentou compatibilizar estas fontes de forma coerente e lógica, e conseguiu deixar um legado jurídico-filosófico na Escócia que hodiernamente reconhece o seu trabalho como uma das obras fundamentais do direito privado escocês³⁶⁶.

4. A REVOLUÇÃO DOS SÉCULOS XVIII E XIX

4.1. PENSAMENTO ANGLO-AMERICANO: CONSOLIDAÇÃO DA MORTE DA PROMESSA UNILATERAL; RESSUSCITAMENTO E RECONSTRUÇÃO CONCEPTUAL

Antes de mais, é importante referir que a escolástica jusnaturalista continental encabeçada por GROTIUS e PUFENDORF conheceu parceiros anglófonos. JOHN LOCKE e THOMAS HOBBS são exemplo disso³⁶⁷. Este último, em *Leviathan*, distinguiu os conceitos de *contract*, *covenant* e *promise*³⁶⁸. O primeiro implica uma transferência mútua de direitos ou uma troca de benefícios imediatos. Pese embora com uma terminologia nem sempre precisa³⁶⁹, prosseguiu referindo que *covenant* ou *pact* são figuras que apenas existem quando, perante um acordo, uma das partes, sob a égide da confiança, adia o cumprimento da sua promessa. Finalmente, HOBBS abordou a temática das promessas *simples* ou *puras*. Em contraste com o *contract*, sempre que o ato prometido seja de dar e sempre que o ato não seja mútuo, há uma promessa de doação (gratuita). Segundo o autor, regra geral, de modo a que uma promessa (de dar) seja válida ela não

³⁶⁵ Contra, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 141-2.

³⁶⁶ CAIRNS, *Critical Legal Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*, p. 246.

³⁶⁷ ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, p. 12.

³⁶⁸ Cfr. HOBBS, *Leviathan*, Parte I, XIV.

³⁶⁹ Neste sentido, ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, p. 12.

poderá ser baseada apenas num simples ato de vontade subjetivo. Têm de existir outros sinais, internos ou externos, pessoais ou de terceiro, de vontade na transferência de um direito³⁷⁰. Uma análise cuidada ao texto permite concluir que HOBBS utiliza o (seu) conceito de *causa* – aqui manifestado sombriamente através da doutrina da *reliance*.

Esta tripartição conceitual teve influência na doutrina inglesa (em especial, nos tribunais de *common law*): após o período de ascensão e queda da promessa enquanto partícula geradora de obrigações, até ao final do século XIX, houve poucos desenvolvimentos dogmáticos³⁷¹. Em *Commentaries on the Laws of England* (1765-9) e *An Analysis of the Laws of England* (1766), verifica-se alguma (porém, pouca) dedicação de BLACKSTONE à teoria geral do contrato. Na primeira obra, o jurista explorou uma definição de contrato como “acordo sujeito a suficiente *consideration* de fazer ou não uma determinada coisa”³⁷², definindo, por seu turno, *consideration* como “a razão que move uma das partes a contratar”, e que deve ser “algo mútuo, recíproco – algo a dar em troca de, ou, por troca de alguma coisa”³⁷³. Esta noção de *consideration* de BLACKSTONE traz consigo implicações ao nível de determinados atos jurídicos. A título exemplificativo, BLACKSTONE distingue “*gift*” de “*grant*”, afirmando que a razão da clivagem tem que ver precisamente com a *consideration* que não há naquela, existe – sempre – nesta³⁷⁴.

As raízes filosóficas da *consideration* reconduzem-se à escolástica utilitarista que contaminou o pensamento britânico no séc. XVIII. Refiro-me principalmente a autores como HUME, SMITH, BENTHAM, GODWIN, STUART MILL, cuja filosofia foi relevante no plano jurídico-filosófico. A abordagem que o

³⁷⁰ HOBBS toma como exemplo uma promessa de pagamento de uma quantia pecuniária ao vencedor de uma corrida (HOBBS, *Leviathan*, Parte I, XIV).

³⁷¹ SIMPSON, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, pp. 250-1; *Legal Theory and Legal History*, pp. 171 e ss.

³⁷² BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, p. 442.

³⁷³ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, pp. 443-4.

³⁷⁴ *Ibid.*

utilitarismo fez quanto ao tema da vinculação promissória é naturalmente pragmática, limitando a capacidade do promitente em criar *inputs* na sua própria esfera. É através da comunicação com outros que o *improvement* se realiza³⁷⁵: para os utilitaristas, a promessa gera confiança ou *fidúcia* (*reliance*) na contraparte que adquire uma legítima expectativa (*expectation*). Até ao início do séc. XVIII a doutrina da *consideration* encontrava-se num estado embrionário como nos demonstrou aquela definição de BLACKSTONE. O florescimento da teoria da vontade nos sistemas jurídicos anglo-americanos proveniente dos textos de SAVIGNY, fez com que a doutrina da *consideration* se adaptasse àquela, ainda que tivesse trazido consigo dificuldades no *case law*³⁷⁶. Se a vontade das partes se afigurava determinante, os juristas questionavam-se por que motivo é que ainda se requeria a demonstração da *consideration*, *maxime* em litígios baseados em negócios cartulares, puramente abstratos³⁷⁷.

MANSFIELD foi um dos juristas que mais contribuiu para acalmar a receção descontrolada da teoria da vontade nos tribunais ingleses, principalmente no que toca aos seus efeitos quanto à exigibilidade de determinados negócios jurídicos de natureza comercial, matrimonial e de “caridade”. Primeiramente, no supracitado caso *Pillans v. van Mierop*, MANSFIELD – enquanto juiz – restringiu o escopo da *consideration* ditando que a mesma não se aplicaria a negócios celebrados no âmbito de transações comerciais – nomeadamente, as letras³⁷⁸. São notórias invocações a ideias provenientes do *ius romanum* e do direito natural nas quais MANSFIELD se apoia para fundamentar a tese segundo a qual a *stipulatio* era vinculativa independentemente de *consideration*. No lugar da exigibilidade

³⁷⁵ Assim nota DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 20. Ver também ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, pp. 45 e ss.

³⁷⁶ SWAIN, “The Changing Nature of the Doctrine of Consideration: 1750-1850”, pp. 55-72.

³⁷⁷ Ver casos *Potter v. Pearson* (1703) 2 Ld Raym 759, 92 ER 7; *Jones v. Ashburnham* (1804) 4 East 455, 102 ER 905; *Mitchinson v. Hewson* (1799) 7 TR 348.

³⁷⁸ Os motivos relacionam-se com a natureza das transações comerciais e com os usos e costumes presentes em tais negócios. Para um aprofundamento, SWAIN, “The Changing Nature of the Doctrine of Consideration: 1750-1850”, pp. 58 e ss.

peremptória da verificação deste elemento, previam-se algumas formalidades essenciais que, nas palavras do juiz, existiam para “alertar e permitir a reflexão das partes, e para prevenir obscuridade e incerteza”³⁷⁹. Relembro que esta posição foi posteriormente refutada pela *House of Lords*. Em segundo lugar, os donativos feitos a instituições de caridade ou obrigações contraídas pelos cônjuges ou por terceiros por motivos de celebração do casamento – no âmbito pré-nupcial – não estavam sujeitos às regras rígidas da *consideration*, caindo na égide da lei dos *trusts*³⁸⁰.

Se é verdade que estes factos ainda configuravam (os últimos) suspiros esperançosos de um eventual renascimento da vinculatividade genérica da promessa unilateral nos sistemas jurídicos de *common law*, não deixa de ser menos verdade que no final do séc. XVIII assistimos ao seu golpe de misericórdia. É na última década deste século, poucos anos após a independência norte-americana, e com o tratado de POWELL³⁸¹, que os sistemas jurídicos da família de *common law* conhecem a primeira teoria do contrato. Nos seus tratados, os autores dos finais do séc. XVIII e princípios do séc. XIX, influenciados pela escola jusnaturalista³⁸², *maxime* pelos iluministas continentais, e embalados pelo discurso jurisprudencial das – agora caducas – *forms of action*, definem contrato como acordo (*agreement*), que significava “consentimento inter-partes”³⁸³ ou *aggregatio mentium*³⁸⁴. Mas como chama a atenção GORDLEY, os *common lawyers* “não foram buscar [aos

³⁷⁹ HENRY COLEBROOKE entende que, nestes casos, a *consideration* consiste na própria reflexão prévia à celebração do contrato, distinguindo *causa* (da obrigação) de *consideration* (do contrato) – *Treatise*, p. 38.

³⁸⁰ Sem prejuízo, até ao início do século XIX, o amor e o afeto familiar eram vistos como fundamentos de *consideration* (na lei dos *trusts*) – assim, IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 206-8.

³⁸¹ Através da obra *Essay Upon the Law of Contracts and Agreements* (1796).

³⁸² GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 134.

³⁸³ Cfr. *inter alia*, COMYN, *Treatise of the Law relative to Contracts and Agreements Not Under Seal*; NEWLAND, *A Treatise on Contracts*; CHITTY, *A Practical Treatise on the Law of Contracts*; STORY, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*; PARSONS, *The Law of Contract*.

³⁸⁴ Esta expressão emana do caso *Reniger v. Fogossa* 75 Eng. Rep. 1 (1551) – cfr. PLOWDEN, *Commentaries*, pp. 1-7.

jusnaturalistas] a ideia de que o consentimento era vinculativo devido à virtude da ‘*promise-keeping*’, ou que através do consentimento, as partes exercem virtudes de liberalidade ou justiça comutativa”³⁸⁵. Esta “inovadora”³⁸⁶ teoria do contrato deixou para um segundo patamar muito dos precedentes produzidos nas *forms of action*, *maxime action of assumpsit*, quanto à formulação da ideia abstrata de contrato e de todos os seus elementos constituintes³⁸⁷. A mudança paradigmática é simples: enquanto que na *assumpsit* se discutia a *promessa*, agora discute-se o *consensus*³⁸⁸.

Incrivelmente, nesta fase, o direito privado anglo-americano cedeu à doutrina francesa, em particular, ao *Treatise* de ROBERT POTHIER³⁸⁹. Esta cedência não fora desmesurada. O filtro que o direito de *common law* fez às doutrinas de POTHIER assentou em dois pilares dogmáticos: (i) a assimilação da teoria da vontade e (ii) a consolidação do modelo de formação negocial “proposta-aceitação”. A teoria da vontade “foi imposta no *common law* a partir de fora, não tendo sido gerada internamente”³⁹⁰. Por conseguinte, esta teoria veio reforçar a ideia do consentimento do beneficiário da promessa como requisito de constituição de obrigações, rematando, de uma vez por todas, a discussão sobre a vinculatividade de promessas unilaterais. Mas ao contrário do que sucedeu na família romano-germânica – que criou o conceito abstrato de declaração negocial

³⁸⁵ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 135. Devido a uma impraticabilidade semântica, opto por não traduzir a expressão “*promise-keeping*”.

³⁸⁶ SIMPSON, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, pp. 247 e ss.; *Legal Theory and Legal History*, pp. 172 e ss.

³⁸⁷ Foram tomadas algumas iniciativas pouco sucedidas no sentido da construção de uma teoria geral do contrato (HOGG, *Promise and Contract Law*, pp. 142 e 144); *vide*, a título exemplificativo, o caso *Reniger v. Fosossa* 1 Plowd. 1, 75 Eng. Rep. 1 (KB 1550).

³⁸⁸ HAMBURGER, “The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract”, pp. 241 e ss., em especial, p. 241.

³⁸⁹ Principalmente devido à tradução para inglês do *Traité des Obligations* de WILLIAM EVANS, em 1806. Esta influência verificou-se no direito insular através do caso *Hadley v. Baxendale*, (1874) EWHC Exch J70, bem como nos Estados Unidos, em especial, nas marcas por si deixadas no Código Civil de 1825 do Estado do Louisiana. Para mais, IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, pp. 229-32.

³⁹⁰ IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, p. 221.

–, o direito inglês manteve fiel no seu discurso infra-sistémico, o termo *promise*. A reconstrução do conceito foi executada com respeito pelos dois pressupostos teóricos acima mencionados. Por este motivo é que os juristas começaram a descrever o contrato como uma promessa ou um acordo sujeito a uma válida *consideration*. Em paralelo, o direito inglês foi admitindo a gratuitidade de contratos, baseando a sua validade e eficácia jurídica nas exceções da doutrina da *consideration* que, a pouco e pouco, foi ganhando uma linha dogmática consistente e adequada aos princípios da teoria da vontade. COLEBROOKE, de forma muito clara – e na esteira de GILBERT – esforçou-se em reconciliar estas duas teorias: “a vontade de negociar por parte de alguém, a sua intenção de se auto-vincular, é a essência de um negócio voluntário. A *consideration* é requerida apenas enquanto prova da sua vontade, corroborativa no caso de um acordo verbal, ficcionada no caso de um contrato implícito: mas em ambos os casos, indispensável”³⁹¹. Numa linha mais radical, houve também quem procurasse impedir a constituição de vínculos obrigacionais em contratos unilaterais com o fundamento na ideia de justiça equitativa conforme se pode constatar no caso *Routledge v. Grant*, de onde se extrai a seguinte passagem: “não é justo que uma das partes se encontre vinculada à prática de um ato e a outra não”³⁹².

Todo este *background* fez emergir imediatamente duas questões. Primeiro, tornava-se necessário perceber se – e sem prejuízo de essa ser a vontade do promitente – se podia atribuir um direito à prestação a um terceiro beneficiário estranho a um acordo feito entre o promitente e o promissário, considerando que as promessas unilaterais seriam inválidas por falta de *consideration*. Em segundo lugar, estas teses não respondiam à existência e exigibilidade jurídica das promessas feitas “*under seal*” (documentos autênticos) que dispensavam o ato de

³⁹¹ COLEBROOKE, *Treatise*, p. 38.

³⁹² Cfr. caso *Routledge v. Grant* (1828) 3 C & P 269, 172 ER 415. Mais tarde, nos contratos unilaterais (gratuitos) começou a entender-se que a *consideration* jaz na execução (“*performance*”) de um ato do beneficiário previsto pelo promitente (*Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893) 1 QB 256).

aceitação. As respostas dadas pelos *common lawyers* não foram satisfatórias. Quanto à primeira pergunta, o caso *Tweddle v. Atkinson* reafirmou e consolidou a regra que prevalecia no ordenamento jurídico segundo o qual princípio da relatividade dos contratos era imperativo e, por conseguinte, não conhecia exceções³⁹³. No que toca à segunda questão, a busca por uma justificação teórica baseada nos conceitos de vontade foi – muito envergonhadamente – substituída por uma formulação jurídica ficcional – os *implied agreements* (acordos implícitos) de construção jurisprudencial³⁹⁴. Tais acordos resumem-se a negócios jurídicos bilaterais nos termos dos quais a aceitação do beneficiário do ato prometido se encontra implícita. É a manifestação da teoria da vontade no seu expoente máximo.

4.2. PENSAMENTO JURÍDICO DE CIVIL LAW: UMA NOVA CAUSA PARA A CAUSA NO QUADRO DA TEORIA DO ATO JURÍDICO

O advento da revolução jurídico-filosófica do séc. XIX promovido pelos jusnaturalistas *ultramontanus* dos séc. XVII e XVIII proporcionou um afastamento dos pensamentos artiotélico-tomistas através de uma reformulação concetual da teoria da promessa: emergência da teoria da vontade (*Willenstheorie*) em detrimento das ideias das virtudes³⁹⁵. O jusnaturalismo correspondia ao paradigma das correntes deontológicas. Esta linha de pensamento veio dirimir as conceções filosóficas das ideias promissórias que até então estavam a ser desenvolvidas na

³⁹³ Cfr. caso *Tweddle v. Atkinson* [1861] EWHC QB J57.

³⁹⁴ Cfr., por exemplo, caso *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B&S 826.

³⁹⁵ Sobre um brevíssimo panorama histórico do direito privado alemão, vide HUEBNER, *A History of Germanic Private Law*.

Europa continental e que seguiam ainda os princípios da tradição do *ius commune*³⁹⁶.

Toda esta revolução provocou profundas marcas profundas nos três mais importantes ordenamentos jurídicos de *civil law* – França, Alemanha e Itália –, marcas essas que perduram até à atualidade.

4.2.1. FRANÇA

Em França, os estudos dos jusnaturalistas DOMAT e POTHIER mostraram-se determinantes para a elaboração do *code civil* e consequentemente, a matéria da vinculação unilateral teve de ser abordada através de dois vetores: *causa* e confronto entre a *pollicitatio* e o contrato³⁹⁷. De forma tímida, o problema da *causa* suscitou a curiosidade de POTHIER que defendeu, no seu *Traité des obligations*, a posição de que todas as obrigações necessariamente têm de ter uma *causa*³⁹⁸. A linguagem de POTHIER, ainda evidentemente marcada pelos termos romanísticos, permite recordar PUFENDORF, nomeadamente aquando da utilização da figura da promessa enquanto partícula atômica geradora de obrigações (e não o acordo)³⁹⁹. Depois de descrever o papel que a vontade tem na emergência de obrigações por via promissória, o jurista estabeleceu uma dicotomia entre contrato e pollicitação⁴⁰⁰. Segundo as suas palavras, pollicitação é apenas “a promessa não aceite”, e “perante o direito natural, não produz qualquer obrigação”⁴⁰¹. Tal

³⁹⁶ Assim, GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, p. 161.

³⁹⁷ O marco de POTHIER mostrou-se transcontinental. A sua doutrina influenciou, por arrastamento político, a elaboração do Código Civil do Louisiana e deixou alguns traços nos direitos de *common law* [a este propósito, cfr. caso *Cox v. Troy* (1822) 5 B & Ald 474, 480], embora quanto a estes, de pouca relevância comparativa (neste sentido, WADDAMS, *Dimensions of Private Law*, pp. 5-8; SWAIN, “The Classical Model of Contract”, p. 529).

³⁹⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, pp. 5-6.

³⁹⁹ *Idem*, p. 8.

⁴⁰⁰ *Idem*, pp. 8-9

⁴⁰¹ *Idem*, pp. 9-11.

conceito coaduna-se com a noção de proposta negocial (*solius offerentis promissium*) – promessa cujos efeitos se encontram condicionados à aceitação do beneficiário (constituição de um direito potestativo)⁴⁰². POTHIER referiu também que o motivo pelo qual a polcitação é ineficaz se funda na necessidade da demonstração de vontade do lado do beneficiário quanto à aquisição do direito à prestação⁴⁰³. Sem prejuízo, chamou a atenção para duas situações exceções a este princípio. A primeira é que a aceitação seria desnecessária sempre houvesse *justa causa* para atribuir eficácia constitutiva imediata à declaração promissória. A segunda exceção tinha que ver com o começo dos atos executórios do cumprimento da prestação⁴⁰⁴. De qualquer forma, POTHIER lembrava que o artigo 3.º da *Ordonnance* de 173 rejeitaria qualquer tipo de polcitação. Os únicos casos em que a lei admitiria a celebração de negócios jurídicos a título gratuito seriam, segundo o autor, a doação entre vivos e o testamento (ambos negócios não promissórios).

A visão francesa das fontes voluntárias das obrigações manteve-se aquando da entrada em vigor do *code civil*, tendo sido corroborada, *inter alia*, pela doutrina dominante⁴⁰⁵. Voltando ao tema da *causa*, o Código Napoleónico adotou, sem mais, as conceções de *causa* provenientes dos trabalhos dos jusnaturalistas, em particular, através dos legados de DOMAT e POTHIER. Só que estas conceções, ao chocarem com os progressos dogmáticos das teorias da vontade, fizeram emergir a ponta de um *iceberg*, “causando” algum embaraço aos juristas franceses⁴⁰⁶. A mudança paradigmática de perspetiva (“da promessa ao acordo”) concentrou o

⁴⁰² Nesta situação o promitente tem direito a revogar a declaração antes do ato de aceitação (POTHIER, *idem*, p. 10).

⁴⁰³ Mencionando GROTIUS, cfr. POTHIER, *idem*, p. 10.

⁴⁰⁴ POTHIER não desenvolve estas exceções.

⁴⁰⁵ DURANTON, *Cours de droit français*, §§51-2; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, §12; LAURENT, *Principes de droit civil*, §§424 e ss. Para um desenvolvimento e análise evolutiva, vide MONTERO, DEMOULIN, “La formation du contrat depuis le Code civil de 1804”, pp. 61 e ss.

⁴⁰⁶ GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, pp. 164 e ss.

foco no papel da obrigação enquanto efeito – ou função – do “negócio”⁴⁰⁷. Este pequeno facto mostrou-se relevante na discussão doutrinária sobre a *causa*. O Código Napoleónico não chega a marcar uma inovadora ideia de *causa*, ao não conceber a sua própria noção, deixando esse papel para as fontes mediatas e limitando-se a referir no artigo 1131.º que “uma obrigação sem causa, ou de falsa causa ou de causa ilícita não produz efeitos”⁴⁰⁸.

Finalmente, é preciso mencionar RENÉ WORMS que, contra tudo e todos, propõe uma teoria da vinculatividade da promessa no direito francês⁴⁰⁹. Ainda no rescaldo da Revolução Francesa, WORMS entende que todos os indivíduos têm uma espécie de “poder soberano” sobre si, pois são intrinsecamente livres por natureza; por conseguinte, esse poder também se concretiza no poder auto-vinculante. Ao deparar-se com o princípio *invito beneficium non datur*, WORMS formula a regra segundo a qual a adesão só produz efeitos quanto à constituição de um direito de crédito, mas a obrigação encontra-se, *desde logo*, constituída. Note-se, porém, que o conceito de obrigação usado por WORMS desvia-se profundamente do sentido genético de *obligatio* que deixa de ter o sentido de *ligação* entre duas pessoas jurídicas para passar a ter o sentido que os juristas modernos e contemporâneos costumam atribuir: espécie de situação jurídica passiva. Em segundo lugar, WORMS acabou por não fazer uma adequada distinção entre aquilo a que os alemães vieram a definir como declaração promissória tendente à constituição de um ato jurídico bilateral e que necessita de prévia aceitação (proposta contratual), e a declaração promissória auto-suficiente (de efeitos obrigacionais imediatos). Neste sentido, o autor não analisa com detalhe a relevância e os efeitos da situação jurídica obrigacional precária.

⁴⁰⁷ Os juristas franceses, fortemente influenciados pela escolástica pandectística alemã, nunca aderiram ao uso do termo “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*), fazendo sempre alusão ao ato jurídico (*acte juridique*).

⁴⁰⁸ Versão anterior à reforma de 2016.

⁴⁰⁹ WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, 1891.

4.2.2. TRADIÇÃO GERMÂNICA

A *Pandektenwissenschaft* – berço do direito privado moderno – teve uma enorme influência dogmática na “calcificação” do papel da promessa unilateral no quadro das fontes obrigacionais. A erupção do pensamento liberal deixou marcas jurídicas quanto ao aparecimento dos princípios da igualdade, autonomia privada e liberdade negocial. Os dogmas da doutrina alemã do séc. XVIII previam a estrutura sistemática tipicamente romanística na qual se distinguia *contractus* de *pacta*, e outrossim, vigorava o princípio *pactum nudum obligationem non parit*. Porém, segundo esta linha, o fundamento para tal invalidade genérica não se baseava na receção do *ius romanum* via *ius commune*, mas sim na validade dos *pacta* que se manifestavam funcionalmente dependentes de quatro elementos essenciais: (i) a capacidade jurídica dos sujeitos, (ii) a licitude do objeto negocial, (iii) a não verificação de vicissitudes da vontade, e (iv) a existência de *causa*.

Os escolásticos pandectísticos que contribuíram para uma reformulação moderna do *ius romanum*⁴¹⁰, de entre os quais se destacam SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID, BEKKER, MÜHLENBRUCH, ao edificarem a teoria geral do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*⁴¹¹) sobre os alicerces das teses voluntaristas – nos termos da qual incluíram como espécies o contrato (*Vertrag*) e a promessa unilateral (*einseitige Versprechen*) –, entenderam que, por regra, todos os negócios jurídicos teriam de incluir a vontade das partes enquanto elemento essencial das declarações negociais (*Willenserklärungen*)⁴¹². Por conseguinte, o discurso dialogante era, em princípio, impreterível, tendo ficado pouco espaço de manobra para a constituição

⁴¹⁰ Para uma visão histórica desta época, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*; WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*; BEISER, *The German Historicist Tradition*.

⁴¹¹ O vocábulo “*Rechtsgeschäft*” provém da contração de “*rechtliche Geschäfte*” que nada mais é do que a tradução literal da expressão latina “*negotium iuridicum*”.

⁴¹² SAVIGNY, *System*, §104; WINDSCHEID, KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, §69, pp. 310 e ss.; BEKKER, *System*, pp. 11, 51 e ss.; PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, §§49-54; MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, §347.

de obrigações emergentes de promessas unilaterais, como sucedeu com as promessas de recompensa (*Auslobung*). Seguindo os traços filosóficos desenhados por KANT, HEGEL e FICHTE, os juristas alemães, desde a difusão do *ius commune*, adotaram o princípio canônico *pacta sunt servanda* que veio manietar a referida regra romanística *actio ex pacto nudo non oritur*⁴¹³.

Como consequência indireta, a pouco e pouco o problema da *causa* – visto do prisma da discussão medieval – foi perdendo relevância porque o percurso histórico reconduziu o tema à questão de saber se as partes tinham ou não uma intenção séria de se vincularem a um determinado negócio jurídico. Mas a tentativa de tornar irrelevante a discussão da *causa* do negócio enquanto elemento de validade do mesmo encontrou obstáculos na doutrina alemã. LIEBE e GNEIST tentaram ressuscitar no ordenamento jurídico alemão tal problemática⁴¹⁴. Estas tentativas foram, no entanto, inglórias, porquanto o legado de SAVIGNY e a autoridade do seu discípulo, WINDSCHEID, iam obscurecendo opiniões opostas⁴¹⁵. Sarcasticamente, os juristas alemães ao quererem desviar-se da problemática da *causa* acabaram por redesenhá-la. WINDSCHEID e outros autores, ao abordarem o tema da *causa* utilizavam terminologias específicas procurando afastá-la – a *causa* – da teoria do negócio jurídico: com base nas ideias voluntaristas, empregavam expressões como “contrato puro” e “negócio abstrato” – sob a égide do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*) – que permitiam atribuir eficácia obrigacional

⁴¹³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp. 539-40.

⁴¹⁴ Cfr. VON LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, pp. 7-8, 29; VON GNEIST, *Die formelles Verträge*, pp. 113 e ss.

⁴¹⁵ As teorias anticausalistas manifestaram-se em diversos ordenamentos jurídicos da Europa continental, como foi o exemplo da doutrina de ERNST que, a propósito da revisão do Código Civil belga, foi um dos impulsionadores da discussão sobre o papel da *causa* no direito privado moderno (cfr. ERNST, “La cause est-elle une conditio essentielle pour la validité des conventions?”, pp. 250-64). Perante aqueles quatro elementos essenciais que conferem a validade a um negócio jurídico, ERNST era da opinião que a *causa* era um elemento desnecessário: nos contratos a título oneroso a *causa* corresponderia aquilo que cada uma das partes deveria, respetivamente, uma à outra, confundindo-se com o objeto do negócio; nos contratos a título gratuito, a *causa* não formaria uma condição exógena de existência deste contrato. ERNST foi, no entanto, uma voz minoritária na Bélgica e em França (cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 348, nota de rodapé 4). Criticando a doutrina anticausalista de ERNST e outros, MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, 104-5.

a promessas efetuadas *sine causa*⁴¹⁶. Ora, a teoria do negócio jurídico abstrato alemão (em contraste com o “negócio causal”) constituiu a mais extrema expressão de uma doutrina segundo a qual a vontade se manifesta como fundamento primário do vínculo obrigacional⁴¹⁷. SAVIGNY já havia defendido que todos os negócios não-formais – com ou sem causa – teriam um tratamento equivalente ao dado pela *stipulatio*, afirmando, contrariamente à tradição clássica, que o direito moderno dos contratos não tinha necessariamente de estar sujeito a um fundamento causal⁴¹⁸. Mas o efeito prático da teoria do negócio jurídico abstrato na elaboração do BGB nada mais foi do que concatenar diversos fundamentos jurídicos de validade para determinados negócios jurídicos unilaterais de natureza obrigacional que se manifestavam como exceções ao princípio do contrato (*Vertragsprinzip*)⁴¹⁹.

Não se descarta também o contributo de SIEGEL, jurista e historiador austríaco, que através da sua célebre obra *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, serviu de mote para a elaboração de algumas normas respeitantes ao negócio jurídico presentes no BGB, e que acaba por ser o verdadeiro fundador da ideia moderna da promessa unilateral⁴²⁰. SIEGEL demonstra que a tradição germânica segue fundamentos diferentes do direito romano⁴²¹. Enquanto que neste (*maxime* na *stipulatio*) compete ao credor a iniciativa discursiva (“*Spondes? Spondeo*”), já a tradição alemã, segundo SIEGEL,

⁴¹⁶ WINDSCHEID, KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, §364.

⁴¹⁷ Nas palavras de D’ANGELO, “o reconhecimento da ‘*Abstraktionwille*’, da vontade de se obrigar na ausência de um fundamento causal remata ou, se se preferir, aperfeiçoa, em termos de coerência teórica, a visão de uma vontade que por si só, independentemente da cumulação de qualquer outro elemento, tem a força de modificar a realidade jurídica: é o reconhecimento pleno do poder criador da vontade individual, do poder de se auto-obrigar” (*Le promesse unilaterale*, p. 40).

⁴¹⁸ SAVIGNY, *System*, §78. SAVIGNY transpõe as ideias internas kantianas de autonomia e intrapessoalidade do dever para uma relação externa jurídico-social (SCHULZE, *Die Naturalobligation*, p. 329).

⁴¹⁹ Cfr. §§780-2 e §812 do BGB.

⁴²⁰ Tal facto é notório em alguns textos, nos quais os autores, ou começam por tratar da história da promessa unilateral com referências imediatas a SIEGEL, ou dão especial atenção à sua obra (*vide*, por exemplo, PESTALOZZI, *Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund*, pp. 1-4; FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, pp. 4-5).

⁴²¹ SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, *passim*, em especial, prefácio, §§1, 2 e 4.

indicava uma composição inversa: era o devedor a quem competia tal iniciativa de constitutiva⁴²². Criticando a escola jusnaturalista que defendia a ideia de que o ato promissório tinha uma natureza translativa de uma parcela de liberdade e, como tal, o ato de aceitação por parte do beneficiário consubstanciava a aquiescência do efeito obrigacional transmissivo, SIEGEL transpôs a valoração do ato de aceitação para as modernas teses voluntaristas, indicando que o mesmo só pode querer dizer que alguém pretende ser titular de um direito à prestação (porque quer e nada mais)⁴²³. E é exatamente esse “querer-poder” que dá força vinculativa às promessas – o poder de modificar o *status quo* jurídico.

Enquadrando a promessa como o núcleo atômico dos negócios jurídicos, o jurista austríaco dá, ao ato de aceitação, o papel de atribuir (em regra) eficácia ao contrato. Qualquer contrato é eficaz sempre que haja aceitação da declaração promissória: se há uma só aceitação, o contrato é unilateral; se há duas aceitações – cada uma delas referente a uma declaração promissória, o contrato é bilateral⁴²⁴. Mas para o autor, a aceitação nem sempre é pressuposto de eficácia dos negócios jurídicos. Distanciando-se do *Landrecht* prussiano vigente na época assente no dogma do *consensus* (*Konsensdogma*), SIEGEL enquadrava a aceitação nas fontes obrigacionais, evidenciando a existência outras obrigações emergentes da lei – tal como as *ex delicta* – nas quais se prescindia daquele ato, e justificando que o *Konsensdogma* provinha da *stipulatio* romana e não da doutrina tradicional alemã⁴²⁵. Isto abria a possibilidade à promessa unilateral. Com efeito, chamou à colação as principais figuras jurídico-privadas onde o unilateralismo obrigacional era notório: proposta feita entre ausentes; proposta negocial sujeita a prazo (*Bedenkzeit* – concessão de um período refletivo); promessa ao público; promessa de pagamento; e ofertas em leilão. Esta inovadora teoria da promessa de SIEGEL

⁴²² SIEGEL, *idem*, pp. 4 e ss.

⁴²³ SIEGEL, *idem*, p. 8.

⁴²⁴ No mesmo sentido se pronunciou JACOBI, “Versprechen und Vertrag”, pp. 1 e ss.; com referências diretas ao texto de SIEGEL, pp. 32 e ss.

⁴²⁵ SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, p. 47.

provocou uma acesa discussão na doutrina alemã, contaminando os juristas franceses⁴²⁶.

O legado das teorias do contrato social e o apogeu das ideias de individualismo, através do auto-determinismo do *eu* face a uma sociedade por si contratualizada, e bem assim, da liberdade enquanto manifestação máxima da vontade, trouxe ao direito privado alemão dos séculos XVIII e XIX duas linhas de força antagónicas. Por um lado, como se pôde descrever, a doutrina pandectística inclinou-se para a repulsa das obrigações provenientes de atos unilaterais, pois segundo alguma doutrina, o fundamento para a vinculação encontrava-se no *consensus* e não no ato promissório⁴²⁷. O *Konsensdogma* teve como efeito o afastamento para um plano excecional da promessa unilateral como “*selbständige Handlungsform*”⁴²⁸. Esta era a corrente dominante, pese embora, como se viu, alguns autores alemães procuravam encontrar outro fundamento para a emergência obrigacional voluntária fora do *consensus*. Por outro lado, já no quadro da *Pandectas*, curiosa e contrariamente ao pensamento dominante, VON KÜBEL propõe no seu anteprojeto do BGB um modelo de formação negocial nos termos do qual a aceitação não se assumia como condição de eficácia obrigacional dos atos promissórios. Para VON KÜBEL, aceitar a teoria da vontade é também aceitar que o promitente se possa vincular sempre que deseje⁴²⁹. A posição deste influente nomóteta veio a verificar-se como minoritária no seio da *Primeira Comissão para a Elaboração do Anteprojeto do BGB* que decidiu consagrar como regra a ineficácia obrigacional genérica dos atos promissórios não aceites⁴³⁰. Este foi o

⁴²⁶ Vide WORMS, *De la volonté unilatérale*, *passim*; para uma exposição da discussão, SCIALOJA, “La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione”, pp. 370 e ss.

⁴²⁷ DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, pp. 34 e ss.

⁴²⁸ Para aprofundamentos, SCHULZE, *Die Naturalobligation*, pp. 326 e ss.

⁴²⁹ VON KÜBEL, “Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung”, pp. 1175-7; o autor ainda apresentou outros argumentos, nomeadamente o caminho moderno que o direito comercial alemão seguia.

⁴³⁰ Vide, por todos, ZIMMERMAN, “Vertrag und Versprechen”, pp. 467-86. Note-se que em KUNTZE defendeu em 1857 e a propósito dos negócios jurídicos ao portador, que tais atos jurídicos promissórios não deveriam compreender uma natureza contratual, mas exprimir-se de forma unilateral (cfr. KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*, prólogo, IV).

marco histórico que levou outros ordenamentos jurídicos de *civil law* (nomeadamente o português e o italiano) a consagrar regras similares.

4.2.3. ITÁLIA

Itália foi dos poucos ordenamentos jurídicos que, por proximidade geográfica, foi beber tanto à doutrina francesa e ao “novo” *code civil* como também assimilou a tradição germânica. Mas não se pode descurar o facto de ter sido precisamente em solo italiano que o conceito de *promissio* nasceu e que se foi aperfeiçoando ao longo dos séculos, enraizando-se para outras culturas jurídicas através do *ius commune*. Nos finais do século XVIII, como se viu, a escolástica da *Pandectas* distanciou-se do modelo do *ius commune*, legado do *ius romanum*. Uma vez mais, o contributo de SIEGEL foi preponderante na construção do primeiro código civil italiano de 1865⁴³¹.

A *febre* das codificações iniciada em França através do Código Napoleónico não foi indiferente em Itália. O *codice civile* de 1865 reproduzia a conceção francesa de *causa* enquanto elemento gerador de validade de um negócio jurídico⁴³². O artigo 1104 afirmava que a *causa* é “requisito de validade de um contrato”, ainda que unilateral. Consequentemente, o artigo 1119 do *codice* de 1865 indicava que era ineficaz uma obrigação baseada num ato *sine causa*, ou causa falsa ou ilícita⁴³³. A *causa*, porém, era ilidivelmente presumida (artigo 1121 do *codice*). Com efeito, a estrutura bilateral do contrato, baseada ainda na ideia de *conventio*, teve um peso teórico tão importante no *codice civile* de 1865 que pouco espaço houve para a emergência vinculativa de promessas unilaterais⁴³⁴. Como se

⁴³¹ Cfr. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, pp. 23-5.

⁴³² Esta regra generalizou-se a outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o espanhol (cfr. artigos 1275 e 1276 do Código Civil).

⁴³³ Reproduzindo o artigo 1131 do *code civil*.

⁴³⁴ Contrato é definido no artigo 1098 como “acordo entre duas ou mais pessoas” (“*il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare e sciogliere fra loro un vincolo*”).

verá adiante, o *codice* atualmente em vigor abriu algum espaço para o acolhimento da promessa unilateral como fonte de obrigações.

5. PANORAMA DO SÉC. XX E ATUAL; REMISSÃO

Por motivos de restrição de caracteres, a situação atual no ordenamento jurídico português⁴³⁵, italiano, alemão, francês, inglês e norte-americano, e bem assim, a posição do “direito privado europeu” manifestada no DCFR, será tratada durante os próximos Capítulos a propósito de cada sub-tema.

giuridico”), mas não existe ainda uma conceção adequada de “acordo”: o artigo 36 do *codice italiano di commercio* de 1882, indicava que “nos contratos unilaterais a promessa só é obrigatória após conhecimento do declaratório”. Parece-me que a lei não demonstra que o ato de aceitação se torna o facto que desencadeia os efeitos obrigacionais. Nesta sede, D’ANGELO afirma que esta regra trata de uma matéria puramente formativa do negócio (*Le promesse unilaterali*, pp. 37-8), o que não deixa de ser uma posição acertada contando que a especialidade de eficácia do negócio unilateral reside precisamente no facto de que o seu processo formativo prescinde do ato de aceitação para desencadear os efeitos pretendidos pelo declarante.

⁴³⁵ Quanto ao direito português, com referências ao Código de SEABRA.

CAPÍTULO II

PARA UMA TEORIA DA PROMESSA

*“How to promise: a complicated way”*⁴³⁶

SEARLE, 1969

1. NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM MODELO JURÍDICO-LINGUÍSTICO

À primeira vista, a *ideia* de promessa não parece levantar especiais problemas. É indiscutível que a larga maioria dos indivíduos, independentemente da sua cultura, religião, grau educacional ou idade, consegue apresentar uma definição relativamente correta do que significa “prometer determinada coisa a alguém”. Isto é o resultado de um enraizamento profundo desta figura no quadro dos atos comunicativos que, durante milénios, não sofreu mutações concetuais ou amadurecimentos axiológicos. Como vimos, a História das ideias promissórias demonstra que a mutabilidade dos valores apoiados nas macro-estruturas sociais, políticas, económicas e culturais, jamais afetou a *ideia* de promessa: a questão apenas se punha quanto à sua eficácia jurídica. Esta invariabilidade concetual não se confunde com os efeitos jurídicos a ela inerentes porquanto estes são uma circunstância exógena a tal imutabilidade. A promessa assume-se como uma poderosa ferramenta responsiva no que toca aos mais diversos problemas da vida, tais como resolução pacífica de conflitos (sejam inter-estaduais, meta-estaduais ou inter-individuais), a atribuição de direitos (ou abrir a possibilidade jurídica de transferência de direitos e bens), a consolidação de relações sociais, ou até se apresentando como meio de comunicabilidade entre o ser humano e o divino. O

⁴³⁶ “Como prometer: uma maneira complicada”.

uso quotidiano da promessa em diferentes contextos e propósitos evidenciou-a como o mais importante fenómeno comunicativo de natureza auto-vinculativa.

As diversas manifestações da promessa vêm acompanhando o ser humano antes mesmo do nascimento de uma *consciência normativa social*. Ela esteve sempre presente nos dois tipos morfológicos inter-relacionais que eu denomino por estruturas promissórias verticalizadas e horizontalizadas. A estrutura vertical consiste na relação do ser humano com o divino e pode ser dividida em duas sub-modalidades consoante o movimento em que são produzidas em função do papel de cada interveniente: (i) no sentido ascendente, relações humano-divinas, nos termos das quais o indivíduo se coloca na posição de promitente e a divindade se assume como promissário ou beneficiário e, inversamente, (ii) no sentido descendente, relações divino-humanas em que é a própria divindade a fazer a promessa e o indivíduo – ou a coletividade – a posicionar-se como beneficiário da mesma⁴³⁷⁻⁴³⁸. As promessas ancestrais de estrutura vertical tiveram um papel preponderante no desenvolvimento do valor da *palavra* e na relevância do conceito de *honra*, contaminando relações promissórias de estrutura horizontal até à atualidade. Estas, por seu turno, consistem na relação estabelecida entre pessoas –

⁴³⁷ Neste âmbito, “promessa” ou “juramento” são ambos sinónimos. No que toca o segundo termo, a tradução para a língua inglesa compreende duas palavras: “*vow*” e “*oath*”. Não há consenso nos juristas anglófonos quanto ao escopo de cada um destes vocábulos. HOGG define “*vow*” como a promessa feita a DEUS (estrutura vertical no sentido ascendente) e “*oath*” como uma declaração auto-vinculante, feita por um indivíduo, expressada perante outros, nos termos da qual DEUS é chamado a testemunhar a *sinceridade* de tal declaração, mas em que não há necessariamente a identificação de um beneficiário da promessa (HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 39). Por seu turno, é possível encontrar certas passagens em ATIYAH segundo as quais o autor utiliza o termo “*vow*” no sentido de *auto-promessa* (“*vow to oneself*”) (ATYAH, *Promises, Morals and Law*, p. 54).

⁴³⁸ As promessas divinas (estruturas verticais de sentido descendente) são muito comuns nos textos bíblicos, em particular no Antigo Testamento, onde se pode encontrar diversas referências à palavra dada por DEUS. Veja-se a promessa feita a DAVID (Salmo 89 – Poema da coleção de Etan, natural de Canã: “(...) Tu (DEUS) dizes: fiz um pacto com o meu escolhido, / fiz uma promessa ao meu servo David: / a tua descendência continuará para sempre / e o teu trono manter-se-á eternamente” – AA.VV., *Bíblia Sagrada*, p. 643) ou com a promessa a ABRAÃO da Terra Prometida (Génese, 12, 1-4; “O Senhor disse a Abraão: Deixa a tua terra, os teus parentes e a casa do teu pai e vai para a terra que eu te vou mostrar. Farei de ti um grande povo; hei-de abençoar-te e tornar-te famoso. O teu nome será uma bênção.” Génese, 12, 7: “(...) “Vou dar esta terra aos teus descendentes” – AAVV, *Bíblia Sagrada*, p. 11.).

peessoas singulares ou coletivas – onde se situam as promessas juridicamente relevantes.

Quando abordei a temática evolução das ideias promissórias, realcei a sua presença numa panóplia de funções e integrações normativas: desde a inserção da *promissio* na *stipulatio* romana até à discussão (quase) eterna na Europa continental sobre a eficácia da promessa nos diversos planos ontológicos, sem nunca esquecer a identificação do seu papel de “anti-herói” nos sistemas jurídicos de *common law*. Evitei sempre tocar na problemática conceitual, assumindo-a como garantida. Chegou a hora de abordá-la com o detalhe adequado.

Na ordem normativa, é no quadro das teses voluntaristas jusnaturalistas de GROTIUS que surge a primeira definição. Em *De jure belli ac pacis*, separou os conceitos de “promessa” e “aceitação” que, até ao momento, constituíam uma *unidade ontológica*: só era concebível falar em promessa se existisse num outro pólo o ato de a aceitar⁴³⁹. Espremida, a noção de GROTIUS de promessa assenta em três elementos característicos: (i) declaração que exprima a vontade presente e sincera de praticar ou abster-se de praticar um ato futuro; (ii) expressão de credibilidade; (iii) intenção de atribuição de um direito a outrem. Mais tarde, HUME discorre sobre as obrigações decorrentes de promessas sem qualquer alusão à sua noção⁴⁴⁰. Mas como indica PITSON, o texto de HUME consagra implicitamente os elementos fundamentais do conceito de promessa propugnados no séc. XX pelos filósofos analíticos, em particular, pela filosofia da linguagem⁴⁴¹. Nunca antes a Filosofia tinha tratado da teoria da linguagem como método filosófico-científico⁴⁴². Ela foi responsável pela “descoberta”⁴⁴³ e pelo primeiro

⁴³⁹ Esta unidade ontológica foi dogmaticamente conceptualizada séculos atrás, no período intermédio, através dos glosadores, pós-glosadores e canonistas.

⁴⁴⁰ HUME, *A Treatise on Human Nature*, Livro III, Parte II, Secção V.

⁴⁴¹ PITSON, “Hume on Promises and their Obligation”, pp. 176 e ss.

⁴⁴² SEARLE, *Intentionality*, ix; “Interview: Von der Sprachaktheorie zur Intentionalität”, p. 25; MULLIGAN, “Promisings and other Social Acts”, pp. 29 e ss.

⁴⁴³ MULLIGAN, considera as teorias promissórias “descobertas quase-científicas” (“Promisings and other Social Acts”, *passim*, em especial, §1). Não tenho dúvidas de que Direito é Ciência, compreendendo a adoção de uma metodologia e linguagem características, mas aquilo a que

grande desenho filosófico da *ideia* de promessa, tendo sido incrivelmente bem recebida pelos juristas de *common law* e evitada pelos de *civil law*⁴⁴⁴. Destacam-se, entre muitos outros, os contributos dos juristas e filósofos, como REINACH, ATIYAH, AUSTIN, VON WRIGHT, SOLJAR, FARNSWORTH e, principalmente, SEARLE.

No que toca ao sistema jurídico diz respeito, é importante mencionar que a promessa está essencialmente ligada aos atos jurídico-declarativos que assumem, por sua vez, um desenvolvimento dogmático no quadro específico do direito civil, em especial, na teoria do negócio jurídico. O tratamento que os privatistas dão à figura da promessa reflete-se – e é refletido – na conceptualização que o ordenamento jurídico a consome. Nem todos os sistemas jurídicos desenvolvem as suas teorias do negócio jurídico com base numa equivalente *ideia* de promessa. Esta diferenciação é manifestamente visível quando se analisa a teoria do contrato. Por um lado, a tradição romanística – que constituiu historicamente a *genesis* dos sistemas jurídicos de *civil law* – foi atribuindo ao longo dos séculos diferentes graus de relevância e, bem assim, de conteúdo normativo: no direito romano tinha uma posição “terciária”⁴⁴⁵, estando incluída nas figuras jurídicas da *fides-promissio* e da *stipulatio* (e pouco mais); no direito intermédio, sobretudo por

MULLIGAN define como “descobertas” não pode, de todo, ser equiparado ao modelo que é transversal às ciências exatas. No Direito não se “descobre”; a “descoberta” jurídica é bicéfala: (i) tanto pode inserir pela melhor interpretação e desconstrução de uma multiplicidade de figuras, institutos, princípios, regras (*etc.*) jurídicos, assentes numa base dogmática sólida (*de jure conditio*), nos termos da qual se verificam impulsos e intromissões comunicativas de outros sistemas normativos, como também (ii) pode inserir pela busca de um *melhor Direito* (*de jure condendo*). Em ambas as situações a função comunicativo-argumentativa constitui o modelo-base metodológico do desenho das premissas bem como da sua análise no período pré-conclusivo. Por este exato motivo é que “melhor”, não significa necessariamente ética ou moralmente mais justo ou judicativo, mas sim aquilo a que, de um ponto de vista profundamente racional, se exprime como a solução mais adequada ou idónea (nunca olvidando, como mencionei, manifestações sistémicas de outras ordens normativas). A descoberta jurídica é, na verdade, o descortinar da linha argumentativa e nada mais.

⁴⁴⁴ Com exceção, entre nós, de FERREIRA DE ALMEIDA que, abraçando as teorias da linguagem como mecanismo interpretativo das estruturas textuais do negócio jurídico, dedica uma parte da sua (ainda) inovadora teoria precisamente à figura da promessa enquanto função eficiente (cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, §20, pp. 458 e ss.).

⁴⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, pp. 61 e ss.

influência dos canonistas, foi ganhando relevância enquanto fonte obrigacional. Mas após a escola da *Pandectas* ter criado a teoria do negócio jurídico e nela ter incorporado a declaração negocial (*Willenserklärung*), a promessa, enquanto conceito jurídico autónomo e negocialmente estruturante – e não enquanto função eficiente –, foi incorporada por uma subcategoria do *negotium juridicum*: o negócio jurídico unilateral obrigacional (*einseitige Rechtsgeschäft*, e, dentro deste, *einseitige Versprechen*). Por outro lado, sofreu uma dogmatização diferente nas famílias de *common law*, atravessando períodos de ascensão e queda. A ascensão resultou da influência desmesurada das raízes romanísticas; a queda, por seu turno, deu-se por “culpa” da doutrina da *consideration* em dirimi-la no eixo estrutural do *contract* que, hodiernamente e em termos gerais, pode ser definido como promessa ou união de promessas⁴⁴⁶. A evolução histórico-comparativa das ideias promissórias demonstra que a multiplicidade semântica do conceito de promessa nestas duas grandes famílias não é apenas um problema meramente lexical, mas mais do que isso, é um verdadeiro problema conceitual⁴⁴⁷; não é apenas uma questão da teoria dos atos sociais como procurou demonstrar REINACH⁴⁴⁸, mas é, outrossim, uma problemática inteiramente jurídica.

Na medida em que a *ideia* de promessa se encontra intrinsecamente ligada às relações sociais como um “*norm-guided affair*”⁴⁴⁹, mesmo quando consumida pelo princípio do contrato ela nunca desapareceu por completo na linguagem

⁴⁴⁶ LERNER, “Promise of Rewards”, p. 58. Criticando este tipo de *approach* dogmático, LIGHTSEY, “A Critique of the Promise Model of Contract”, pp. 45 e ss.

⁴⁴⁷ Contra, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 462-4.

⁴⁴⁸ Refiro-me ao seu extenso artigo “Zur Phänomologie des Rechts” (1913).

⁴⁴⁹ HUSI, “Is Promising a Practice and Nothing More, Normatively Speaking?”, p. 109. Embora consiga acompanhar o raciocínio do autor, nomeadamente quando se reporta ao efeito meta-normativo da promessa, e bem assim quando trata da irrelevância da expressão “a promessa deve ser sempre cumprida” para efeitos de análise validativa, penso que os argumentos de HUSI partem de uma premissa errada. Com efeito, discordo da sua posição quando escreve que “quando faço uma promessa estou, repentinamente, sujeito a determinados *standards* que me dizem o que devo fazer em seguida” (*ibid.*). Julgo que esta afirmação compreende uma certa confusão entre o enunciado da declaração promissória e os efeitos por ela pretendidos (função eficiente), efeitos esses que são atribuídos pela força ilocutória presente nesse mesmo enunciado.

jurídica das famílias de *civil law*⁴⁵⁰. Numa rápida viagem que se pode fazer pelo Código Civil, é possível verificar alguns artigos cujo *enunciado*⁴⁵¹ legal integra o substantivo “promessa” ou o seu verbo, “prometer”. Tal alusão aparece em três dos cinco Livros do Código Civil, não existindo referência apenas no Livro III e no Livro V⁴⁵². A invocação no texto legal da promessa não se reconduz unicamente ao direito civil pese embora seja nele que a sua concetualização se encontra mais condensada⁴⁵³. O problema que se põe com a noção de promessa no contexto das famílias de tradição romano-germânica, como sucede com o caso português, assenta no facto de a lei nunca a definir, não obstante a multiplicidade de invocações⁴⁵⁴. Esta ausência não poderá certamente resultar numa arbitrariedade hermenêutica nem tão-pouco daí retirar-se a ilação segundo a qual a promessa não é um conceito jurídico⁴⁵⁵: todas as invocações têm necessariamente de conter um significado próprio que é (ou, pelo menos, *deve-ser*) transversal. Tudo isto se torna ainda mais relevante quanto a própria lei indica que a promessa é, para todos os

⁴⁵⁰ Na língua inglesa, de acordo com a fonte www.wordcount.org, a palavra “*promise*” encontra-se na posição n.º 2525 do *ranking* das palavras mais usadas, num total de 86800 que, de acordo com a *Lei de Zipf*, é parte do *main core* das palavras mais usadas (para mais, SAICHEV *et al.*, *Theory of Zipf's Law*).

⁴⁵¹ Utilizo a palavra “enunciado” com o sentido atribuído pela filosofia analítica da linguagem. O termo é pouco usado na linguagem jurídica. Como pioneiro do termo neste campo específico de conhecimento, ROSS, na obra *Directives and Norms*.

⁴⁵² Como exemplos, cfr. artigos 282.º, 457.º, 459.º, 410.º e ss., 214.º, 1591.º

⁴⁵³ O recurso a este termo encontra-se presente em diversas áreas do Direito – por exemplo, no Código do Trabalho (promessa de contrato de trabalho – artigo 103.º), no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (promessa de contrato – artigo 106.º), no Direito dos Seguros (promessa de seguro – artigo 13.º do DL n.º 169/81, de 20 de junho), no Código Penal (no crime de corrupção passiva – artigo 373.º).

⁴⁵⁴ Mesmo nos ordenamentos jurídicos de *common law* ouvem-se algumas vozes no sentido de procurar uma efetiva definição (jurídica) de promessa – assim procurou fazer ÁRDAL, “Ought we Keep Contracts Because They Are Promises”, pp. 657 e ss.

⁴⁵⁵ Quanto a este segundo aspeto, entendo que a juridicidade concetual de um determinado termo no quadro do sistema jurídico não tem necessariamente de ser formulada pela noção expressa no texto legal: ela pode ser extraída, de forma implícita, do contexto normativo. Neste sentido, a ausência de uma noção genérica de promessa, leva – outrossim e paralelamente – o intérprete a fazer uso de mecanismos hermenêuticos cujo desenho conceptual pode ser encontrado, numa visão teubneriana, fora das fronteiras sistémico-específicas do Direito.

efeitos e devidos limites em função da lateralidade, uma fonte obrigacional inserida no quadro das fontes baseadas na autonomia privada.

Com efeito, pretendo fazer uma clivagem à figura da promessa, apresentando todos os seus elementos subjetivos e objetivos, textuais e meta-textuais, com particular destaque para a integração dogmática na temática dos atos jurídico-declarativos, em particular, na teoria do negócio jurídico unilateral como fonte de obrigações. As ferramentas analíticas que usarei serão extraídas das teorias da linguagem e do próprio sistema jurídico⁴⁵⁶.

2. DECOMPOSIÇÃO E ANÁLISE

2.1. DEFINIÇÃO GENÉRICA

As tentativas contemporâneas de construção de uma definição do conceito de promessa no quadro jurídico têm sido escassas, insuficientes ou até mesmo, infrutíferas. Embora sendo perfeitamente perceptível o abandono destas tentativas no panorama dos sistemas jurídicos de *civil law*, em especial, naqueles que sofreram uma vincada influência da teoria pandectística do negócio jurídico e das declarações negociais, uma situação semelhante já não parece ser justificável no tocante às famílias jurídicas que adotam a promessa como elemento estruturante do contrato. Neste segundo palco, a (ainda) atual discussão dogmática estabelecida por FRIED⁴⁵⁷ e ATIYAH⁴⁵⁸ quanto ao papel e à função da promessa nos sistemas de

⁴⁵⁶ No campo da teoria da promessa, desde a época moderna que não existe qualquer diálogo científico entre os filósofos e os juristas, perdendo-se os fundamentos dogmáticos desta teoria. Todavia, é de notar que atualmente tem havido um esforço hercúleo por parte de alguns autores por forma a retomar essa intercomunicabilidade – veja-se o caso das obras de AYRES, KLASS, *Insincere Promises*, e OLIVER BLACK, *Agreements: A Philosophical and Legal Study*).

⁴⁵⁷ *Contract as Promise*. Nesta obra é visível, curiosamente, a seguinte passagem: “*when I promise I commit myself to act, later*” (*idem*, p. 9). Infelizmente, FRIED nunca chega a desenvolvê-la.

⁴⁵⁸ *Promises, Morals and Law*. O autor, em *Essays on Contract*, não define promessa em locais que seriam adequados, tais como quando a relaciona com os conceitos de contrato e obrigação

common law nunca gerou uma busca pelos seus elementos característicos, assumindo-os como premissas válidas⁴⁵⁹. Mesmo num quadro jurídico-filosófico, a doutrina mais recente parece *evitar* lançar uma definição de promessa⁴⁶⁰. Outros autores, por seu turno, procuram defini-la através de uma perspectiva puramente jurídica caindo num paradoxo auto-referencial⁴⁶¹.

Os juristas escoceses têm produzido algumas linhas no sentido de acomodar este conceito no âmbito do seu ordenamento jurídico⁴⁶². Neste contexto, HOGG

(Cap. II) ou mesmo aquando do tratamento que dá às promessas gratuitas e aos contratos unilaterais no âmbito da doutrina da *consideration* (Cap. VIII).

⁴⁵⁹ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 4, nota de rodapé 2.

⁴⁶⁰ Como sucede, por exemplo, com KIMEL. Em *From Promise to Contract*, o autor procura estabelecer uma clara divisão entre *contract* e *promise*, abandonando o clássico entendimento doutrinário e jurisprudencial em detrimento de uma nova teoria liberal do contrato. A sua tese versa sobre problemática da função social do direito privado no quadro da auto-regulação de interesses. A visão ortodoxa – apoiada por FRIED – é a de que a lei serve para organizar (facilitando) os interesses dos indivíduos. Alguns desses interesses são expressos precisamente em declarações promissórias. Por outra banda, encontra-se uma visão mais “cética” que defende uma verdadeira disfuncionalidade da lei. Para esta corrente, o seu papel fundamental é, apenas e só, a prevenção e regulamentação de litígios que – no que nos importa – decorram de quebras (“*breaches*”) de promessas. Com este pano de fundo, KIMEL pretende, num primeiro momento, diferenciar os valores normativos associados à *promise* e ao *contract*. Este é normativamente vinculativo, aquela não é. A promessa é uma figura intrinsecamente conectada com a ideia de *confiança* que se manifesta nas relações pessoais. Já o contrato é afetado pelo regime sancionatório da lei. O incumprimento de uma promessa resulta na afetação negativa da *honra* do indivíduo; o incumprimento contratual resulta num desvalor normativo com as consequências que a lei estabelece. Esta dicotomia, segundo o autor, demonstra que o contrato é ontologicamente independente dos indivíduos, ao contrário da promessa. KIMEL procura justificar, após variadíssimas exemplificações, que os contratos são a forma de regular relações entre estranhos, um instrumento de desafetação inter-subjetiva através de uma transferência dos efeitos para o plano jurídico. Na minha opinião, a tese de KIMEL compreende duas falhas. A primeira é precisamente a falta de análise histórica às figuras da *promise* e *contract* bem como as suas relações que, como sabemos, sofreram diferentes mutações ao longo dos tempos. A segunda tem que ver com a confusão que o autor faz quanto à divisão de planos normativos. Parece resultar do texto do autor que a promessa apenas pertence ao plano moral, não compreendendo natureza normativa, o que, pelo menos nos direitos de *common law*, não sucede: ela é o eixo do contrato; é ela que lhe atribui forma, estrutura, validade e eficácia. O erro de KIMEL foi ter evitado qualquer definição de promessa.

⁴⁶¹ Refiro-me, por exemplo, a COOTE que, recentemente, também procurou, ainda que indiretamente, definir promessa partindo da noção de contrato: “*a contract is a promise or undertaking in respect of which legal contractual obligation has been assumed by means which the law recognises as effective for that purpose*” (COOTE, *Contract as Assumption*, p. 42).

⁴⁶² MCBRYDE, “Promises in Scots Law”, pp. 48 e ss.; WALKER, *The Law of Contracts and Related Obligations* Cap. II; HOGG, “Promise: the Neglected Obligation”, pp. 461 e ss.; *Promises and Contract Law*, pp. 5-6.

evidenciou seis elementos característicos⁴⁶³. O primeiro elemento jaz na existência de um promitente: a sociedade aceita a elaboração de promessas feitas tanto por pessoas jurídicas singulares (capazes e incapazes) como por pessoas jurídicas “coletivas” (sociedades comerciais, fundações, associações...) e, num panorama meta-jurídico, a sociedade – pelo menos historicamente – aceita promessas feitas por entidades sobrenaturais. O segundo elemento relaciona-se com a externalidade intencional associada ao ato de prometer – não basta uma mera ideia ou pensamento do promitente, é necessária exteriorização de forma objetivamente aferível. Em terceiro lugar, a promessa pode tanto ser gratuita como onerosa. Em quarto lugar, a condicionalidade hipotética: a promessa pode ser condicional se o facto prometido estiver sujeito à verificação de um evento futuro e incerto. Em quinto lugar, a auto-vinculação: a promessa está intrinsecamente ligada à ideia de vinculação unilateral do promitente, seja esta meramente moral ou jurídica. Em último lugar, acoplada à ideia de promessa está a previsão de um ato futuro a ser feito pelo promitente (pode ser um ato negativo) em benefício do promissário.

Após exposição destes elementos, HOGG lança uma definição de promessa: “a promessa é uma declaração através da qual uma pessoa se vincula a uma prestação beneficiária futura em favor de outra pessoa”⁴⁶⁴. Esta definição relembra a noção extraída do §2 do *Restatement (2nd) on the Law of Contracts* elaborado pelo *American Law Institute* (1981): (1) “a promessa é a manifestação de intenção de atuar ou abster-se de atuar num certo sentido, de forma a que o promissário perceba que a vinculação foi feita” (2) “a pessoa a manifestar a intenção é o

⁴⁶³ HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 5-6.

⁴⁶⁴ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 6. Concretizando a sua definição, o autor apresenta vários exemplos de promessas: “Eu prometo pagar-te o que te devo na próxima semana”, “Prometo casar-me contigo assim que arranjar um trabalho”, “Prometo pontualmente pagar os meus impostos”, “No sábado, prometo dar-te uma boleia até ao centro comercial”, “Eu prometo ser garante da dívida do meu filho”, “Eu prometo não trespassar a tua propriedade novamente”, “Prometo que te visitarei amanhã ao hospital”.

promitente” (3) “a pessoa a quem a manifestação é feita é o promissário”⁴⁶⁵. Entre nós, a única tentativa de definição jurídica de promessa foi desenhada por FERREIRA DE ALMEIDA: “a promessa consiste na vinculação do declarante (promitente) à prática de um acto futuro favorável a outrem (promissário)”⁴⁶⁶.

Todas estas noções de promessas apresentam características comuns. Quanto aos *elementos subjetivos*, a promessa parece implicar a existência de um promitente e de um beneficiário. Por outro lado, no que respeita os *elementos objetivos*, é visível que ela surge através de um ato declarativo de prometer (declaração promissória), cujo conteúdo essencial implica a prática de um ato futuro favorável a outrem. Finalmente, numa espécie de *limbo* – entre a objetividade e a subjetividade – é necessária a vinculação do promitente à prática do ato prometido. A vinculação ao ato prometido consagra tanto elementos subjetivos – intenção do declarante de se vincular⁴⁶⁷ – como elementos objetivos – a emergência da obrigação de ficar vinculado àquele. Tal dupla divisão traz consigo um outro dicroísmo: a perspetiva de análise do conceito de promessa (i) como *previsão* (de um ato) e (ii) como *vinculação* (a um ato futuro e incerto)⁴⁶⁸.

Sem prejuízo da perceptível *unidade elementar* decorrente da organicidade intrínseca da figura da promessa – aspeto que não é controverso –, é entendível a tentativa de uma decomposição analítica. O que está subjacente a esta clivagem é exatamente a separação entre a *parte objetiva* (ato previsto) da promessa e a sua *parte subjetiva* (vinculação). Como acabei de mencionar, a vinculação tem um *caráter híbrido*. Na verdade, analisar a promessa do ponto de vista da previsão de

⁴⁶⁵ Os parágrafos (2) e (3) do §2 do *Restatement (2nd) of Contracts* relembram vagamente a parte final do artigo 443.º/1 do CC quanto à noção de contrato a favor de terceiro [“(…) diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita”].

⁴⁶⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 464. Para o jurista, a promessa é uma das funções eficientes do negócio jurídico. FERRER CORREIA, em *Erro e Interpretação*, entre a vigência do Código de Seabra e o atual Código Civil, faz inúmeras referências à promessa, no sentido de declaração promissória e negócio obrigacional (unilateral ou plurilateral) sem nunca arriscar qualquer definição.

⁴⁶⁷ Esta intenção de auto-vinculativa não pode ser confundida com o problema da sinceridade da promessa (sobre este segundo ponto, cfr. *infra* Cap. II, 2.5.6.).

⁴⁶⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 464-5.

um ato tem sempre de ter em conta a parcela da vinculação, pois a sua falta impossibilita a descrição do ato previsto. Da mesma forma – mas reflexamente –, quando se analisa a perspectiva subjetiva, é necessário ter por base o ato prometido por forma a dar conteúdo à vinculação. Neste sentido, partirei para uma análise sémica, mas unitária.

2.2. DECLARAÇÃO PROMISSÓRIA, AUTO-CONSTATATIVIDADE E PERFORMATIVIDADE

A existência de uma declaração promissória constitui um pressuposto essencial à emergência de uma promessa. É a causa linguística da constituição das situações jurídicas ativas e passivas a ela associadas. Na promessa unilateral, a emergência obrigacional depende da eficácia (da perfeição) da declaração negocial, por isso, embora conceptualmente diferentes, a declaração promissória sobrepõe-se à declaração negocial do negócio jurídico previsto. Nos contratos obrigacionais, por seu turno, tal declaração pode assumir uma multiplicidade de formas: proposta, convite a contratar⁴⁶⁹ (*invitatio ad offerendum*⁴⁷⁰) ou simples declaração negocial. Cada uma destas modalidades compreende um discurso promissório específico.

É através da *magia das palavras* que se criam promessas. A utilização do verbo “prometer” não é pressuposto essencial da declaração promissória, podendo ser substituído por outros verbos, tais como “garantir” ou “jurar”⁴⁷¹. O recurso a

⁴⁶⁹ O convite a contratar é entendido pelo ordenamento jurídico como modelo subsidiário de atribuição de significado jurídico a uma declaração negocial que não é completa, firme, ou formalmente adequada (*vide*, por exemplo, o artigo 32.º/1 do RJCE).

⁴⁷⁰ A expressão alemã “*Aufforderung zur Abgabe eines Angebots invitation ad offerendum*” encontra paralelo direto no direito inglês no termo *letter of intent* e, no direito italiano, *lettere di intenti*. Sobre a temática, no direito alemão, FLUME, *Allgemeiner Teil*, II, §35, p. 635; no direito italiano, CANEPA, “Dichiarazione di intenti”, pp. 329 e ss.; GERI, “L’interpretazione del contratto” pp. 122 e ss.

⁴⁷¹ O juramento é um conceito ligeiramente mais amplo do que a promessa. HOGG apresenta outros verbos semanticamente equivalentes ao verbo “prometer,”: “*accept*”, “*dedicate*”,

este tipo de verbos não é fundamental, mas ajuda o intérprete – *maxime* o alocutário – a apreciar o (eventual) caráter promissório da declaração. Consequentemente, declarações como “eu irei praticar o ato (z)” podem tornar-se manifestamente ambíguas.

Na esteira de AUSTIN, a promessa compreende um enunciado performativo⁴⁷² porquanto é através da declaração promissória que se constitui alguma coisa (*hic*: situação jurídica), tendo um efeito *ex novo*. AUSTIN estabelece uma distinção entre enunciados constataativos e enunciados performativos⁴⁷³. A primeira categoria compreende aqueles em que “se diz algo” (“*to say something*”), cujo conteúdo semântico se reporta a realidades pré-existentes independentemente do ato declarativo (“está a chover”, “são sete horas”, “o negócio foi assinado”, “ordenei a transferência bancária”). Este tipo de enunciados está impreterivelmente sujeito a uma averiguação de veracidade (*v/f*) pois o que está em causa são realidades mensuráveis e concretas aferíveis a todo o tempo⁴⁷⁴. Não há outra alteração do *status quo* (*sq*) para além daquela decorrente da própria inserção da declaração constatatativa no mundo dos factos. É possível saber se está realmente a chover ou se o negócio foi efetivamente assinado. Sendo uma declaração de ciência, o teste (*v/f*) é feito em função do resultado obtido através da

“*undertake*”, “*guarantee*”, “*give (my word)*”, “*commit*”, “*pledge*” (*Promises and Contract Law*, p. 8).

⁴⁷² O substantivo “performativo” provém do inglês “*to perform*” que significa, à letra, “realizar” (“fazer alguma coisa”).

⁴⁷³ Cfr. AUSTIN, *How to do things with words*; “Performative utterances”, pp. 220-39; “Performative-constatative”, pp. 13 e ss. Rigorosamente, já JOHN RAWLS, em 1955, tinha “neologicamente” construído a ideia de enunciado performativo, *maxime* no que respeita à ideia de “prometer” – cfr. RAWLS, “Two Concepts of Rules”, p. 30. Ver também CONDORAVDI, LAUER, “Performative Verbs and Performative Acts”, pp. 1 e ss.

⁴⁷⁴ Uma forma fácil de entender este tipo de enunciados é verificar a existência de verbos como “ser” ou “estar” que constituem verbos expressivos de estados e/ou de realidades. Atente-se para a língua hebraica que é bem ilustrativa da questão em análise. O verbo “*hayah*” – que, por sua vez, originou o substantivo “*Yahweh*” (JAVÉ – DEUS) – tem um múltiplo significado de “ser, existir, estar, acontecer”. Estes verbos são expressivos de enunciados constataativos. Como curiosidade, e a título de exemplo – apresentando até uma tautologia, por um lado, e a concretização do paradoxo/teorema de BANACH-TARSKI, por outro – veja-se a forma como DEUS se dirige a MOISÉS: “EU SOU AQUELE QUE É” (Êxodo, Cap. 3, vers. 14).

acareação fática da declaração com (*sq*) num determinado momento. Já a segunda categoria, onde se inclui a promessa, compreende enunciados não-descritivos nos termos dos quais se “produz algo” (“*to do something*”), ou seja, são constitutivos de novas realidades (no caso da promessa unilateral, a constituição de um elo obrigacional)⁴⁷⁵. O conteúdo destes enunciados não deverá ser analisado sobre a égide do teste (*v/f*), mas sim, segundo AUSTIN, sobre critérios de felicidade (“*happy, unhappy*”)⁴⁷⁶. Os enunciados performativos, porque são constitutivos, provocam alterações em (*sq*). Neste sentido, num certo momento temporal, (*t*₁), verifica-se (*sq*₁); a mera enunciação de (*dp*), em (*t*₂) provoca alterações em (*sq*); em (*t*₂), “(*sq*₂)=(*sq*₁)+(*dp*)”. Na minha opinião, esta simples equação lógica consagra, de forma implícita, um corolário relevante: na medida em que (*dp*) \subset (*sq*₂), isto significa que, a partir de (*t*₂), (*dp*) estará também sujeita ao teste (*v/f*). Tal ilação é uma consequência inata ao efeito performativo, consequência essa que denomino por *auto-constatatividade* (ou performatividade imprópria)⁴⁷⁷. Não é paradoxal afirmar-se que a promessa tem natureza performativa e auto-constatativa, ressaltando-se que a natureza performativa se encontra no negócio jurídico e a natureza auto-constatativa, na declaração promissória.

Desenvolvamos melhor este problema através da análise do enunciado paradigmático da promessa descrito na terceira pessoa:

(α): “(*A*), através de (*dp*), promete (*p*) a (*B*) fazer (*z*)”⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Para uma análise profunda do negócio jurídico como ato performativo, *vide*, por todos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 121 e ss.

⁴⁷⁶ AUSTIN, *How to do things with words*, pp. 14, 133.

⁴⁷⁷ Em oposição a hétero-constatatividade (que é o caso comum das declarações de ciência). Esta problemática será retomada aquando da análise à promessa de cumprimento (cfr., *infra*, III, 2.1.3).

⁴⁷⁸ Nesta fórmula (α), (*A*) e (*B*) representam, respetivamente, o promitente e o promissário; (*dp*), a declaração promissória; e (*z*) o ato prometido. Note-se que todos os exemplos que, no seguimento do presente Capítulo tenham por base uma promessa de (*A*) a (*B*), salvo disposição expressa em contrário, (*B*) pode encontrar-se determinado ou por determinar (neste último caso, se estivermos perante o quadro de uma promessa pública). Por outro lado, a expressão “através de” é indicadora da ação de professar o enunciado; a forma verbal “prometer” (*p*) permite atribuir a força ilocutória inerente à promessa (cfr. AUSTIN, *How to do things with words*, *passim*) e SEARLE (*Speech acts*, *passim*; *Expression and Meaning*, pp. 1-29); finalmente, o verbo “fazer”,

Enquanto enunciado performativo, a promessa (α) tem temporalmente um momento constitutivo: o momento da entrada da declaração no plano dos factos (t). Em momento anterior a (t), ou seja (t_{0-x})⁴⁷⁹ ela é inexistente tal como as possíveis situações jurídicas ativas e passivas a ela acopladas e funcionalmente dependentes. É exatamente por este motivo que, na teoria da promessa unilateral, o ato declarativo (dp) é o ato performativo e, ao mesmo tempo, a *causa* constitutiva daqueles fenómenos jurídicos⁴⁸⁰. A diferença concetual entre a declaração promissória (dp) e a promessa (P) só se torna evidente quando acareadas à dualidade discursiva na formação e na composição do negócio jurídico⁴⁸¹. Assim, nos negócios jurídicos unilaterais obrigacionais, a perfeição de (dp) gera automaticamente os efeitos nela previstos. Isto significa, em termos lógicos que (dp) tem uma ligação simbiótica com (P), mas (dp) \nleftrightarrow (P). Nos contratos obrigacionais, por sua vez, os efeitos das declarações promissórias (dp) não produzem, *tout court*, efeitos obrigacionais – efeito essencial de (P). Por exemplo, no caso da proposta negocial, os efeitos de (P) só se verificam depois da *acceptio* que provoca o presumível *consensus* (artigo 232.º do CC).

Como se nota, promessa é um conceito amplo e ambíguo: tanto pode significar o negócio jurídico unilateral de natureza obrigacional como declaração promissória como outrossim, a função eficiente na estrutura textual do negócio jurídico⁴⁸². Na terminologia jurídica, a referência a (dp) representará, para um

para além de estar perifrásticamente conjugado com o verbo “prometer”, evidencia ação de praticar o ato prometido, ou seja, o ato de prestar.

⁴⁷⁹ Em que x é sempre um número negativo.

⁴⁸⁰ Neste âmbito, *causa* tem o sentido de “causa da obrigação”, ou seja, a fonte obrigacional – tal como sucede no caso da promessa de cumprimento (artigo 458.º do CC) – assim também, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 614-5.

⁴⁸¹ Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “o negócio não se confunde com a declaração: esta é um pressuposto, dependente de uma opção humana comunicada para o exterior; aquele é a eficácia resultante da declaração, desde que esta seja reconhecida, pelo sistema, como apta para modificar o universo jurídico” (*Tratado*, II, p. 123).

⁴⁸² Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 449 e ss. Segundo o autor, “a função eficiente (Fef) é portanto o elemento predicativo do texto negocial com aptidão para gerar a performatividade do acto negocial quanto aos seus efeitos jurídicos directos, isto é, quanto à mutação das situações sob um ponto de vista estritamente jurídico”. Para FERREIRA DE ALMEIDA,

jurista de *civil law*, a ideia de declaração de intenção (*déclaration de volonté*, *dichiarazione di volontà*, *Willenserklärung*) tendente à constituição de um negócio jurídico obrigacional, independentemente do modelo discursivo: *declaração negocial*. Para o *common lawyer*, *promise* é a causa das *actions*, a estrutura do *contract* e pode ser, inclusivamente, o próprio contrato (*contract as promise*⁴⁸³).

A qualificação de (α) como constituindo uma *promessa* implica inexoravelmente que (dp) tem *força ilocutória* de prometer (p)⁴⁸⁴. Segundo a teoria dos atos de fala, ela é um ato de linguagem performativo com força ilocutória⁴⁸⁵. Enquadrar a noção de promessa enquanto ato de força ilocutória, envolvendo-a num mero ato jurídico-declarativo não passa, porém, de uma verdadeira sinédoque. O núcleo dos efeitos eficientes da promessa vive na força ilocutória do ato

a promessa é “o paradigma da função eficiente dos negócios jurídicos obrigacionais” (*idem*, p. 457) o que vem, de resto resolver o problema de VON WRIGHT em “On Promises”, p. 227, quanto à sua ontologia.

⁴⁸³ A ideia de “contrato como promessa” foi sedimentada no contexto das famílias de *common law* pelos contributos das doutrinas de FRIED, do *Restatement (2nd) on the Law of Contracts*, e mais tarde de SHEINMAN (“Are Normal Contracts Normal Promises?”, pp. 517 e ss.), doutrina essa que perdura até ao presente milénio. Como aponta SCANLON, “a similitude entre a *promise* e o *contract* é tão óbvia que é natural presumir que muito há para se aprender sobre uma destas noções através do estudo da outra, ou mesmo que a noção jurídica de *contract* pode ser compreendida como a enquadrando na ideia moral de *promise*” (“Promises and Contracts”, p. 87). No mesmo sentido, SHEINMAN, “Agreement as Joint Promise”, pp. 365 e ss. A ideia do “*contract as promise*” foi criticada por muitos *common lawyers* que procuraram aproximar a ideia de *contract* do conceito de *agreement* (com *consideration*) retirando a *promise* do seu eixo estrutural. A este propósito WHITTAKER entende que *contract* é um “acordo (*agreement*) no qual emergem obrigações que são exigíveis ou reconhecidas pela lei” (WHITTAKER, “Introductory”, § 1-001. Também contra aquele paradigma, LIGHTSEY, “A Critique of the Promise Model of Contract”, pp. 45 e ss.; e, mais moderadamente, ÁRDAL, “Ought we Keep Contracts Because They Are Promises”, pp. 655 e ss. Ver igualmente, DE MOOR, “Are Contracts Promises?”, pp. 103 e ss.

⁴⁸⁴ O símbolo normalmente utilizado para expressar a força ilocutória de um ato é, quanto ao género, “ $F(p)$ ”, e “ $F(pr)$ ”, no que toca particularmente à promessa. Outros casos como pedidos, avisos e perguntas “sim e não” terão, respetivamente, o seguintes símbolos “ $!(p)$ ”, “ $W(p)$ ” e “ $?(p)$ ” (cfr. SEARLE, *Speech acts*, p. 31.)

⁴⁸⁵ AUSTIN categoriza três diferentes atos de fala: (i) os atos locutórios (“*the saying*”), (ii) os atos ilocutórios (“*in saying*”) e (iii) os atos perlocutórios (“*by saying*”) – *How to do things with words*, p. 109. Contra a posição de AUSTIN quanto à qualificação da promessa enquanto ato ilocutório de linguagem, HICKEY, “A Promise is a Promise”, que a coloca o quadro dos atos perlocutórios de linguagem (pp. 69-70). É importante lembrar que a minha análise parte do ponto de vista do observador e não da perspectiva subjetiva do promitente.

declarativo (*promising*)⁴⁸⁶⁻⁴⁸⁷. Esta força ilocutória (de prometer) não deve ser confundida com o negócio jurídico que lhe acolhe, por exemplo, com a promessa unilateral (*Pu*). Neste sentido, a correlação entre estes três elementos (promessa unilateral, declaração promissória e força ilocutória de prometer) pode ser descrita da seguinte forma: $(Pu) \supset (dp) \wedge (dp) \supset (p)$.

Com este pano de fundo, ainda se torna mister distinguir entre (i) o ato declarativo e (ii) o enunciado. O ato declarativo pode ser fonético ou simbólico, mas enquadrar-se-á, em qualquer caso, na realidade concreta: ele está sujeito à aferição do teste (*v/f*), porquanto é um “ato” que se torna “facto” (*auto-constatatividade*). Já no que toca ao enunciado, este consagra, para além da sintaxe e da morfologia das palavras, a semântica da declaração. O enunciado é o conteúdo do ato declarativo: pode estar sujeito à apreciação das condições de veracidade se for constativo (*hétero-constatatividade*) ou, no caso de ser (também) performativo, ele é causa constitutiva da(s) nova(s) realidade(s). A semântica do enunciado enquadra-se num plano meta-factual, numa realidade abstrata, na realidade do significado. A maneira que o declarante tem de enunciar a promessa – ou seja, de lhe atribuir eficácia performativa através da força ilocutória – é sempre através de um ato declarativo, o que torna a relação destes dois conceitos numa *relação funcional*: este serve para dar corpo ao conteúdo semântico daquele. É precisamente esta diferença de patamares – *realidade fáctica dos atos*, por um

⁴⁸⁶ Nesta sede existe alguma confusão no quadro da filosofia da linguagem no que toca à oscilação por parte de SEARLE entre a qualificação da promessa como atos de linguagem ou atos ilocutórios e o ato de prometer. Como bem escreve FERREIRA DE ALMEIDA, “(e)m termos da teoria do negócio jurídico, acto é o negócio, como é também a enunciação do seu texto ou de parte dele; a promessa é um elemento funcional, ou uma categoria definida pela função de um negócio jurídico; o acto de prometer confunde-se com a enunciação em que se integre o paradigma funcional chamado promessa” (FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 455, nota de rodapé 28).

⁴⁸⁷ A forma verbal “prometer” é um mero exemplo, mas talvez configure o exemplo mais expressivo da *força ilocutória* associada à declaração. Mesmo através do discurso indireto (*indirect speech*) encontram-se enunciados ilocutórios sem recurso ao verbo “prometer” (em geral, sobre o *discurso indireto*, SEARLE, “Indirect Speech Acts”, pp. 225 e ss.).

lado, e *realidade semântica dos enunciados*, por outro lado, que confere uma multiplicidade de funções linguístico-jurídicas à figura da promessa⁴⁸⁸.

2.3. CONDICIONALIDADE FORMATIVO-ESTRUTURAL; DISCURSOS: MONÓLOGOS E DIÁLOGOS

Como se observou, a panóplia de funções associadas à promessa ascendem-na a um patamar meta-negocial. Analisada sob a égide da perspectiva de *civil law*, ela encontra múltiplas ingerências na teoria geral do negócio jurídico, desde a declaração formativa até à estrutura negocial. É precisamente perante a comunicação entre estes dois pontos – da declaração ao negócio – que a condicionalidade estrutural da promessa se coloca.

Aquando da descrição das modalidades dos negócios jurídicos, a tradição romano-germânica retrata esta temática de forma simples e fleumática. O negócio diz-se *unilateral* quando apresenta apenas uma parte e *bi- multi- ou plurilateral* (contratos) quando tem duas ou mais *partes*⁴⁸⁹. A questão apenas se refere ao processo formativo. O conceito de *parte* está associado à lateralidade e não à personalidade⁴⁹⁰. O critério distintivo é aferível em função da justaposição de representação de interesses unitários⁴⁹¹. Assim, a compra e venda, a prestação de

⁴⁸⁸ Farei uso em diante desta panóplia de significados (declaração promissória, negócio unilateral obrigacional, força ilocutória de prometer) no desenvolvimento das temáticas do presente Capítulo. Há, igualmente, outros sentidos “intermédios” a dar à promessa. Pense-se no caso dos contratos unilaterais obrigacionais, em particular, na “promessa unilateral” referida pelo artigo 411.º do CC. Aqui, a palavra promessa relembra vagamente o conceito de *promise* do *contract law*. A lei portuguesa, para além de – erradamente – a confundir com o arquétipo do negócio unilateral obrigacional, faz referência ao conceito de promessa no quadro da sua função eficiente.

⁴⁸⁹ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, pp. 55 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 33 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, pp. 90 e ss.; CABRAL DE MONCADA, *Lições*, pp. 167-8; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, pp. 285 e ss. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 439.

⁴⁹⁰ Para desenvolvimentos sobre o conceito de “parte” na teoria do negócio jurídico, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, pp. 33 e ss.

⁴⁹¹ Este critério foi objeto de alguma discussão doutrinária no palco nacional. Para CARLOS MOTA PINTO, a distinção faz-se em função no número de declarações (*Teoria Geral*, p. 285). CABRAL

serviços, o mandato, a doação, o comodato, o depósito e o mútuo, entre muitos outros, são considerados contratos porquanto compreendem duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas convergentes; já a renúncia, a proposta, a revogação, a ratificação, a denúncia, a procuração, a adesão, a promessa pública, são negócios unilaterais porque apenas comportam uma única declaração que pode ser multipessoal⁴⁹². Este critério não justifica a opção por uma destas duas estruturas, apenas delimita as posições negociais inter-subjetivas e o sentido das suas declarações, ou seja, é descritivo quanto à estrutura, mas não é explicativo quanto ao seu fundamento. A distinção genérica entre negócio unilateral e contrato é autónoma quanto às causas eficientes de cada um dos negócios em concreto. A declaração promissória é transversal a toda a *quaestio* da lateralidade: tanto a declaração negocial tendente à constituição da promessa unilateral como aquela que prescreve os efeitos obrigacionais de um contrato terão natureza promissória⁴⁹³.

Destarte, proponho efetuar uma análise formativo-estrutural destas modalidades de negócios jurídicos obrigacionais vocacionada apenas e só na perspetiva dos modelos discursivos enunciados pela declaração promissória e não

DE MONCADA entende que parte é a pessoa ou o conjunto de pessoas que representam um interesse equivalente no mesmo ato (*Lições*, pp. 167-8). Para OLIVEIRA ASCENSÃO, parte é entendida como a “titularidade dos interesses que se actua, nos negócios” (*Teoria Geral*, II, p. 33). MENEZES CORDEIRO critica estas posições, optando por uma diferenciação categórica baseada nos efeitos negociais (*Tratado*, II, pp. 90-3). Numa posição intermédia encontra-se CARVALHO FERNANDES embora, subscrevendo parte da posição de MENEZES CORDEIRO, acaba por se apoiar nas teses de CABRAL DE MONCADA e OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral*, II, pp. 57-9).

⁴⁹² Como escreve FERREIRA DE ALMEIDA, “há só uma declaração negocial, se o declarante – autor da declaração – for uma só pessoa ou se a mesma declaração for imputável a mais do que uma pessoa, isto é, se uma pluralidade de pessoas disser o mesmo. Nunca há, para o mesmo negócio jurídico unilateral ou para a mesma parte num contrato, uma pluralidade de declarações (pode é haver mais do que um enunciado). Um ‘coro a uma só voz’ produz e emite, em conjunto, a mesma declaração, composta por elementos idênticos: as mesmas funções (incluindo a função comunicativa), as mesmas pessoas, o mesmo objeto, as mesmas circunstâncias” (*Texto e Enunciado*, II, p. 845).

⁴⁹³ A aceitação da proposta, a adesão, ou outros atos unilaterais acessórios não terão, *per se*, natureza promissória, embora alguns dos seus efeitos incidam sobre a eficácia das declarações promissórias.

naqueloutra destriça bem sedimentada na doutrina. Não tratarei (por agora) do fundamento da adoção por uma das modalidades; analisarei, do ponto de vista da declaração promissória, as duas possíveis formas de discurso negocial.

O modelo comum apresentado pelos filósofos da linguagem é aquele em que o promitente declara ao promissário que irá fazer (z): “eu prometo fazer (z)”. Para estes autores, esta declaração promissória é direta e não condiciona os seus efeitos a uma resposta por parte do promissário. Mas há outras formas juridicamente relevantes de desenhar o discurso: “podes construir-me esta casa?”, “gostava que praticasse o ato (z)”, “prometes-me (z)?”, “troco este terreno pelo seu automóvel, parece-lhe bem?”. Nestes casos, o sentido é reflexo daqueloutra declaração porquanto parte do potencial beneficiário (*speaker*) da promessa, sendo o hipotético promitente, o alocutário (*hearer*). Perante todas estas situações, os juristas de *civil law* têm de fazer uma elucubração adicional que é saber qual a estrutura dialogante subjacente ao negócio previsto pelo promitente⁴⁹⁴. Se assumir a forma de uma promessa unilateral – independentemente da sua admissibilidade perante artigos como o 457.º do CC – não requer, segundo a doutrina dominante, qualquer ato por parte do promissário para constituição do negócio. Se, por outra banda, o ordenamento jurídico (ou decorrer da intenção do promitente caso haja possibilidade de escolha) indicar que os efeitos obrigacionais decorrentes de uma declaração promissória só se verificam após aceitação da promessa por parte do promissário, então está-se perante uma situação plurilateral. Por este motivo é que, de um ponto de vista puramente formativo-discursivo, denomino o primeiro caso de *monólogo* e o segundo caso de *diálogo*. O caráter monologal ou dialogante apenas releva para efeitos constitutivos da obrigação promissória. No caso de

⁴⁹⁴ Este problema não se coloca perante os *common lawyers* que apenas terão de encontrar a *consideration* na declaração promissória. Genericamente, a *acceptance* é fundamental para que a promessa produza efeitos a não ser que se trate de uma promessa feita *under seal* (*deeds*) caso em que a publicidade e o formalismo são bastantes para justificar a eficácia da promessa – a *consideration* é presumida [GORDLEY, *The Enforceability of Promises*, p. 55; AAVV, *Fundamentals of American Law* pp. 204 e ss.; HYLAND, *Gifts*, pp. 341 e ss.; caso *Trustees of Jesse Parker Williams Hospital v. Nisbet*, 189 Ga. 807, Ga. Supreme Court (1940)].

monólogos diretos como na promessa pública e indiretos como no contrato a favor de terceiro, poderá existir um diálogo *a jusante* da constituição do vínculo quanto à adesão ou recusa da promessa.

Estas modalidades encontram acolhimento na doutrina da lateralidade do negócio jurídico não se confundindo com as diferentes direções comunicativas intersubjetivas. Assim, uma promessa pode ser “unilateral” – monologal – mesmo que o discurso tenha partido do lado do promissário: “prometes fazer (z)?”. A classificação do negócio jurídico é alheia a estes movimentos. O que releva é o número de declarações em função da sua unicidade orgânica. As consequências jurídicas atribuídas em concreto divergem consoante o negócio promissório previsto. Nas situações monologais, os negócios “completam-se, por definição, com a declaração que os consubstancie”⁴⁹⁵, ou seja, sem anuência do destinatário, no caso de serem recetícias; nas dialogantes, é necessário o ato de aceitar a declaração promissória, elemento que espoleta a constituição do negócio projetado⁴⁹⁶.

É com este *background* que os filósofos e os juristas estabelecem a diferença entre promessas *condicionais* e promessas *incondicionais*⁴⁹⁷. Assumindo que os demais requisitos de validade e eficácia estão verificados, uma promessa é incondicional quando a mera declaração promissória produz os efeitos obrigacionais pretendidos (formando a promessa unilateral); contrariamente, ela é condicional sempre que tais efeitos estejam previamente sujeitos a um ato por parte do beneficiário, nomeadamente, no caso da proposta, a aceitação (formando o contrato)⁴⁹⁸. Tal divisão não se posiciona como *prévia* às questões validativas,

⁴⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 92.

⁴⁹⁶ Quanto ao tema da formação de negócios plurilaterais analisarei sempre o modelo clássico “proposta-aceitação” para facilidade analítica.

⁴⁹⁷ BLACK, *Agreements: A Philosophical and Legal Study*, pp. 33 ss. PUFENDORF foi o primeiro autor a estabelecer a distinção entre promessas condicionais e incondicionais (cfr. *Elementorum Jurisprudentiae*, I, xii, 1).

⁴⁹⁸ SHEINMAN, “Agreement as Joint Promise”, pp. 373 e ss. A título excursivo, faça-se notar neste contexto que o termo (in)condicional apenas se reporta à eficácia da declaração promissória (*dp*) e não à eventual suspensão ou cessação de efeitos no negócio promissório visado (*P*) – elemento

sendo exatamente sobre este dicroísmo que se coloca o problema da *causa* e *consideration*. Por isso se fala em auto-suficiência da declaração negocial na prossecução da eficácia económico-social do negócio previsto.

Como referido, a dualidade não descreve todas as estruturas negociais que se encontram em jogo porque não olha para as declarações promissórias condicionais como constituindo, elas próprias, um negócio jurídico unilateral tal como sucede com o caso da proposta⁴⁹⁹. A proposta é tanto uma declaração negocial como um negócio unilateral que produz efeitos potestativos no destinatário⁵⁰⁰. Não deixa de ser importante realçar que as promessas condicionais representam quase a totalidade das relações obrigacionais fundadas na autonomia privada. As ofertas, propostas, e convites a contratar, se assumirem a função de promessa, são-lhes apostas – pelo ordenamento jurídico – uma condição de aceitabilidade que representa um entrave à vinculação unilateral.

accidental do texto negocial. Sobre o tema, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 34-5; G. R. GRICE, *The Grounds of Moral Judgment*, p. 56). Assim, quando se diz que (*dp*) é incondicional não se deve deduzir que (*P*) também seja. Esta última só será se – e apenas se – a eficácia obrigacional de (*P*) estiver sujeita à verificação de um determinado facto, de acordo com a semântica textual de (*dp*): “eu pago-te (*x*) se fizeres (*z*)”. Independentemente da condicionalidade de (*dp*) que é resultado de uma análise sistémica, ela é eficaz contendo o seu texto a aposição de uma condição (*cd*) [“se fizeres (*z*)”]. Isto significa que a eficácia (*e*) da obrigação contida em (*P*) dependerá da verificação factual de (*cd_x*):

(*t₁*): (*dp*) \supset (*cd_x*); [(*dp*)(*e*)] \wedge [(*P*)(\neg *e*)];

(*t_{1,5}*): (*cd_x*) verifica-se; logo,

(*t₂*): [(*P*)(*e*)].

Contrariamente, para alguns autores como G. R. GRICE, a não verificação do evento futuro e incerto tem como consequência a não existência de uma promessa. CARTER segue o mesmo entendimento, propondo, contudo, algumas variações (cfr. CARTER, “Grice on Promising on Condition”, pp. 31-2).

⁴⁹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 43-50; FERREIRA DE ALMEIDA, escreve que a proposta tem “dúplice natureza jurídica, conforme o ponto de vista sob o qual se visualizam os seus efeitos: *declaração negocial*, cujo conteúdo proposicional se dissolve no texto contratual, sempre que uma outra declaração conforme (a aceitação) a venha completar no processo formativo; e *negócio jurídico unilateral*, independente quanto à sua eficácia jurídica, embora carecido de reacção de outrem para que tenha êxito o seu objectivo económico-social pleno” (*Texto e Enunciado*, II, pp. 789-90)

⁵⁰⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, p. 118. Na Alemanha também se encontram juristas que procuram identificar a posição do destinatário da proposta como uma expectativa jurídica ou direito de opção – cfr. WOLF, NEUER, *Allgemeiner Teil*, p. 420.

Desde os contributos dos voluntaristas, jusnaturalistas e contratualistas, GROTIUS, PUFENDORF e HOBBS, que os juristas e filósofos entendem que existe uma forte ligação entre o ato de prometer e o ato de aceitar. No âmbito restrito da filosofia da linguagem, tal correlação é estabelecida na teoria dos atos de fala, nomeadamente na *força* da aceitação. Não há divergência em enquadrar a *acceptio* como ato performativo de força ilocutória. Alguns autores⁵⁰¹ defendem a ideia de que as promessas estão estruturadas para convencer ou, no mínimo, persuadir o promissário de que o promitente se quer auto-vincular à prática um ato futuro, considerando-se o ato de aceitação como o *efeito perlocutório* da promessa. Outros⁵⁰² descartam qualquer eficácia perlocutória, sendo que apenas as *ordens*⁵⁰³ – e não as promessas – requerem um ato de aceitação por parte do destinatário⁵⁰⁴. Na medida em que o efeito perlocutório (*by saying*) é habitualmente considerado como sendo puramente psicológico⁵⁰⁵, no caso da promessa versar sobre a *busca* pelo ato de aceitar e não sobre a própria *acceptio*, conclui-se, em regra, que este ato jurídico não é elemento essencial da declaração promissória: apenas será se assim for indicado pelo promitente ou, no caso das promessas puramente jurídicas, exigido pelo próprio ordenamento jurídico. Esta exigência legal não afeta nem a validade nem a eficácia da declaração promissória⁵⁰⁶. Embora os seus efeitos negociais intrínsecos – no caso da proposta, atribuição de um direito potestativo

⁵⁰¹ HICKEY, “A Promise is a Promise”, p. 70. No mesmo sentido, H. P. GRICE, “Meaning”, pp. 377 e ss.

⁵⁰² Por este motivo, a promessa distingue-se de declarações de intenção ou previsões enfáticas (SEARLE, *Speech acts*, p. 46).

⁵⁰³ A ordem é o *reflexo* da promessa porquanto atribui uma obrigação ao destinatário e não um direito de crédito. Parecido com a ordem, mas não se confundindo com esta por falta de natureza obrigacional encontram-se outros atos unilaterais como os conselhos e as recomendações. Os conselhos e as recomendações não geram, *per se*, obrigações jurídicas. Em bom rigor, a constituição da obrigação de indemnizar prevista no artigo 485.º/2 do CC não é intrínseca ao ato jurídico, mas é resultado de uma apreciação do ordenamento jurídico quanto aos efeitos negativos que esse ato pode ter na esfera do declaratório. É, pois, uma obrigação indireta.

⁵⁰⁴ Para apresentação de ambas as perspetivas, VAN EEMEREN, GROOTENDORST, *Speech Acts*, pp. 55 e ss.

⁵⁰⁵ Os efeitos perlocutórios podem assumir diversas formas: convencer, persuadir, desencaminhar, surpreender, etc. (AUSTIN, *How to do things with words*, p. 109).

⁵⁰⁶ Nos termos do artigo 224.º do CC, a declaração é eficaz independentemente de aceitação.

no destinatário e auto-sujeição do declarante – se produzem segundo os critérios fixados pelo artigo 224.º do CC, já os efeitos negociais projetados – atribuição de um vínculo obrigacional estabelecido entre o promitente e o promissário – encontram-se previamente dependentes de aceitação por parte do destinatário.

Ao contrário da proposta, a aceitação é um ato jurídico performativo e reflexivo de natureza não-negocial⁵⁰⁷. É uma declaração elaborada na fase formativa do negócio jurídico não fazendo parte do conteúdo do mesmo: é a forma de exercício do direito potestativo atribuído pela declaração promissória. A proposta não representa a *causa finalis* da inserção no texto negocial da função económico-social nem da função eficiente, mas sim o ato gerador dos efeitos previstos nessa mesma declaração. Por conseguinte, a *acceptio* nunca terá natureza promissória.

Contrariamente, os juristas de *common law* têm vindo a defender a ideia de que a *acceptance* pode, em certos casos, compreender uma declaração promissória⁵⁰⁸. Assim será nos *bilateral contracts* quando esta consagre uma *counter-promise*. Todas as promessas juridicamente exigíveis estão sujeitas a *consideration*, seja ela qual for, que é externa ao promitente⁵⁰⁹. Na generalidade dos casos, a *consideration* é baseada na ideia de reciprocidade, “*something valid in the eye of law*”⁵¹⁰. Esta reciprocidade – que não se confunde com a função económico-social de troca – manifesta-se em elementos valorativos⁵¹¹ da promessa, desde a troca à gratuitidade não-pura, mas tem inexoravelmente de partir do promissário⁵¹², nunca de terceiros. Na medida em que nestas modalidades contratuais a *acceptance* tem natureza promissória, a *consideration* será sempre

⁵⁰⁷ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 796.

⁵⁰⁸ STOLJAR, “Promise, Expectation and Agreement”, p. 206.

⁵⁰⁹ Sem prejuízo do facto de as *promises* sem *consideration* não serem juridicamente exigíveis, elas poderão produzir, ainda assim, efeitos jurídicos (para desenvolvimentos, TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 3, §§076, 093, 111, 152).

⁵¹⁰ *Thomas v. Thomas* (1842) 2 Q.B.851, p. 859.

⁵¹¹ TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 3, §§027 e ss.

⁵¹² *Barber v. Fox* (1682) 2Wms. Saund. 134 n.(e); *Tweddle v. Atkinson* (1861) 1 B. & S. 393, pp. 398-9.

algo mais do que simplesmente “eu aceito”⁵¹³. O problema reside na ausência da natureza promissória na *acceptance* dos *unilateral contracts*, nos termos dos quais a teoria do *contract law* vê-se forçada a ficcionar atos de aceitação. Nestes casos, a *consideration* está no cumprimento do ato ou situação prevista pela promessa. A unilateralidade não se encontra associada à ideia de *uma parte*, mas sim à ideia de *uma só promessa*. Por exemplo, a promessa de recompensa (*promise of rewards*) é um *unilateral contract*⁵¹⁴. O caso mais famoso, datado dos finais do séc. XVI, e commumente citado na doutrina e jurisprudências atuais, é aquele em que alguém prometeu, *ad incertam personae*, £100 a quem caminhasse a pé de Londres a York⁵¹⁵. Este contrato é qualificado de *unilateral* porque a sua existência e eficácia não dependem de uma contra-promessa do destinatário da oferta.

Como TREITEL⁵¹⁶ chama a atenção, a *ratio* desta classificação traz consigo dificuldades teóricas porque há contratos que, nascendo unilaterais tornam-se, no decorrer do cumprimento da promessa, bilaterais⁵¹⁷. Assim, quando alguém promete a outrem uma determinada quantia pecuniária em troca de um serviço – pintar uma casa –, se o promissário não emitir uma contra-promessa, e se nada fizer, não será responsável perante o promitente; todavia, o contrato diz-se unilateral. Se, por outro lado, o promissário começar o trabalho de pintura, considera-se que houve *acceptance* fundada numa *implied promise*, transformando-se o negócio em “contrato bilateral”, ficando ambas as partes

⁵¹³ *Williams v. Carwardine* (1833) 5 C. & P. 566, 4 B. & Ad., 621.

⁵¹⁴ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) 1 Q. B. 256.

⁵¹⁵ A derrota ortodrómica é muito significativa para a época em causa: 280,75km. O caso é *Rogers v. Snow* (1573) Dalison 94.

⁵¹⁶ TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 2, §051;

⁵¹⁷ *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd.* [1974], mais conhecido como caso *The Eurymedon* (1975) A.C., pp. 154 e ss. Neste caso, pode ler-se a seguinte passagem: “*a bargain initially unilateral but capable of becoming mutual*” (p. 475). O que estava em causa era um *implied contract* decorrente da *Hymalaia clause* vigente num pré-existente contrato de transporte de mercadorias entre Liverpool, Grã-Bretanha e Wellington, Nova Zelândia. O Tribunal considerou que a regra segundo a qual uma obrigação contratual já existente e eficaz não pode servir de *consideration* a uma obrigação futura e autónoma contém exceções. Para desenvolvimentos sobre a *Hymalaia clause*, TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 14, §062 e ss.

vinculadas ao cumprimento promissório⁵¹⁸. Ora, para um *civil lawyer*, esta questão coloca-se na fase formativa do negócio, sendo apenas um problema de interpretação de comportamentos concludentes. A exigibilidade, por parte do ordenamento jurídico quanto à aceitação é a causa da descrição da lateralidade negocial⁵¹⁹ e não o próprio ato de aceitar. Nos ordenamentos de *common law*, a “ignorância sistémica” quanto à natureza e efeitos da proposta (*offer*) resultam naquela justificação classificativa. Para estes, a declaração promissória corresponde ontologicamente ao *unilateral contract* $[(pd) \Leftrightarrow (P)]$, o que não sucede, como vimos, nos sistemas de *civil law*. E mais: nos ordenamentos de *common law*, com exceção das *deeds*, a declaração promissória será sempre condicional de modo proporcionar a *consideration* necessária à sua exigibilidade jurídica, não podendo ser puramente gratuita. O fundamento da reciprocidade está na aposição dessa condição: “prometo pagar-te (*z*) se fizeres (*x*)”. A *consideration*, embora partindo do enunciado do promitente, jaz na aceitação do promissário. Neste sentido, assim que uma determinada oferta é classificada como sendo um contrato unilateral, ela poderá ser aceite através da *performance* da condição aposta⁵²⁰ ou pode ser revogada até ao momento da aceitação⁵²¹, contando que este ato não necessita de ser comunicado ao oferente para que seja eficaz⁵²². Esta linha dogmática é dominante, mas não é unanime na doutrina anglo-americana. Veja-se, por exemplo, a “recente” tese de Tiersma quanto ao papel da *promise*, da *offer* e da *acceptance* no âmbito dos *unilateral contracts*. Através de uma argumentação retirada (num primeiro momento) da teoria dos *speech acts*, curiosa e aparentemente livre de qualquer influência romano-germânica, o jurista pretende demonstrar que *promise* é, por definição, incondicional – aproxima-se do conceito

⁵¹⁸ Assim também, caso *The Unique Mariner* (1979), no. 2 Lloyd’s Rep 37 (pp. 51-2).

⁵¹⁹ Note-se que há casos em que é conferido pelo princípio da autonomia privada (liberdade de celebração) às próprias partes (ou parte), a possibilidade de livremente optar por uma das modalidades discursivas.

⁵²⁰ *Harvela Investments Ltd v. Royal Trust Co. of Canada (C.I.) Ltd.* (1986) 1 AC 207.

⁵²¹ TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 2, §052.

⁵²² *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893) 1 QB 256.

de promessa unilateral de *civil law* e afasta-se do modelo clássico *offer-acceptance*⁵²³.

2.4. EXPRESSIVIDADE, IMPLICITUDE E NEGATIVIDADE APARENTE

As diferentes configurações da declaração promissória convergem conceitualmente na teoria da declaração negocial. Esta é uma matéria bem estudada nos sistemas de *civil law*. Não é controverso que o ato jurídico enunciativo de uma promessa (*P*) pode ser efetuado através de uma declaração expressa nos termos gerais (artigo 217.º do CC, primeira parte): por via oral, por escrito ou outro meio direto⁵²⁴ de manifestação intencional. Mas a teoria da promessa não responde de forma tão rápida e inequívoca à problemática das declarações concludentes ou à emergência de declarações promissórias derivadas de não-atos (*negative promises*). A apreciação casuística destes fenómenos evidencia complexidades dogmáticas.

Nada parece apontar para que não seja possível exprimir uma declaração promissória negocial de forma tácita. Na teoria geral do negócio jurídico, a declaração negocial diz-se *tácita* quando “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam” (artigo 217.º do CC, *in fine*)⁵²⁵. A dedução (ou indução) de um enunciado performativo através de ações ou comissões declarativas indiretas, em abstrato, é um procedimento coerente do ponto de vista lógico, linguístico, filosófico e jurídico. Habitualmente, a declaração tácita pode ter como facto concludente uma declaração expressa, declaração essa que pode assumir um

⁵²³ TIERSMA, “Reassessing Unilateral Contracts: The Role of Offer, Acceptance and Promise”, pp. 1 e ss. A posição do autor será criticamente desenvolvida em *infra*, III, 2.2.

⁵²⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 132.

⁵²⁵ Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 423.

conteúdo diversificado⁵²⁶. Entre o facto concludente e a declaração extrair-se-á um nexo de presunção decorrente de um processo lógico-dedutivo⁵²⁷.

Nesta sede, a filosofia da linguagem, em particular, a teoria dos *speech acts*, não encontra solução, pois embora abranja mais do que puros *atos de fala*, não descreve tal tipo comunicacional. Por outro lado, no panorama jurídico, também não se encontram respostas convincentes. Veja-se os exemplos de declarações tácitas apontados por HOGG na descrição da sua teoria da promessa que são, na minha opinião, insuficientes: apertos de mão e entregas de chaves de um cofre que contém fundos suficientes para satisfazer uma determinada dívida⁵²⁸. A primeira situação é manifestamente deficiente para se extrair, por si só, qualquer tipo de comportamento concludente, sendo necessário um outro ato, prévio, material ou meramente comunicativo, no qual se possa deduzir a força ilocutória de prometer. Já o segundo exemplo parece recair na promessa de pagamento, presumindo-se a existência de uma dívida pretérita contida no elo obrigacional de uma relação fundamental. Como procurei demonstrar adiante, a promessa não pode consistir num reforço de uma promessa anteriormente fixada e juridicamente eficaz. É, portanto, de notar que ambos os casos têm em comum o facto de a declaração “promissória” tácita ser funcionalmente dependente de atos performativos e reflexivos anteriormente estabelecidos, o que não responde aos movimentos declarativos tácitos típicos na formação de promessas unilaterais ou, em casos condicionais, em declarações com a natureza de (por exemplo) proposta. Como já se viu, é possível conceber estruturas similares à *stipulatio* nos termos das quais é através da resposta do promitente (“sim, aceito ficar obrigado”) que a promessa se torna eficaz. Ora, nestas situações é facilmente perceptível pensar em exemplos de declarações tácitas de aquiescência: como descreve HOGG, um aperto de mão ou,

⁵²⁶ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 423; STJ, proc. n.º 07A988, de 24-05-2007 (ALVES VELHO).

⁵²⁷ STJ, proc. n.º 99709/11.0YIPRT.L1S, de 09-07-2014 (PINTO DE ALMEIDA).

⁵²⁸ No mesmo sentido, HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 7.

como indica ATIYAH, um acenar de cabeça⁵²⁹. Mas torna-se difícil conceber declarações promissórias tácitas quando as mesmas partirem (*ex novo*) do promitente. A resposta será puramente casuística, de acordo com os usos e costumes e, em concreto, a interpretação da declaração feita nos termos das regras gerais interpretativas do artigo 236.º do CC.

A temática da declaração implícita leva-nos para um pequeno excursus sobre dois conceitos vigentes nos direitos de *common law*: as promessas implícitas (*implied promises*) e as cláusulas implícitas (*implied terms*). É qualificada como *implied*, uma promessa que nasceu de uma declaração não expressa, à qual as partes – e os tribunais – atribuem o *valor* de uma promessa juridicamente válida e eficaz⁵³⁰. As promessas implícitas manifestam-se diretamente como um problema da declaração promissória (*dp*) e, indiretamente, da promessa enquanto negócio obrigacional (*P*); abordam, portanto, uma questão semelhante à temática das declarações negociais tácitas. Por seu turno, o conceito de *implied term* tem uma amplitude ligeiramente diferente, e é dividido em três diferentes modalidades em função da sua fonte⁵³¹: (i) factual, (ii) legal ou (iii) costumeiro. Quando é factual, terá a natureza de uma promessa implícita em sentido estrito, sendo o problema unicamente hermenêutico: será extraído do texto negocial expresso, uma cláusula implícita, que as partes *quiseram* regular, ainda que tacitamente⁵³². Quando são

⁵²⁹ ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, pp. 173-4.

⁵³⁰ TAYLOR, TAYLOR, *Contract Law*, p. 46. A promessa implícita é um conceito antigo como se observa em COMYN, *The Law of Contracts and Promises*, pp. 389 e ss. e CLARK, *The Law of Contract*, pp. 227 e ss.

⁵³¹ AUSTEN-BAKER, *Implied Terms in English Contract Law*; TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 6, §§031 e ss.; MCKENDRICK, *Contract Law*, I, Cap. 10, pp. 338 e ss.

⁵³² Cfr. casos *Trollope & Colls Ltd. v. North West Regional Hospital Board* [1973] 1 WLR 601 e *Luxor (Eastbourne) Ltd. v. Cooper* [1941] A.C. 180. Este é um problema complexo no direito anglo-americano que tem originado uma panóplia de discussões jurisprudenciais e doutrinárias. Atualmente, há duas grandes correntes, cada uma delas baseadas na aplicação de um teste de aferição da implicitude. O primeiro denomina-se por *officious bystander*. Este teste foi criado por MACKINNON, L.J., no caso *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd.* [1939] 2 KB 206 (p. 227), no qual se discutia a possibilidade de se extrair do texto contratual uma cláusula implícita que proibia a destituição de um gestor da sociedade, por parte dos *beneficial owners*, quando tinha sido expressamente previsto um termo de dez anos de mandato. A passagem famosa é aquela em que MACKINNON, afirma: “Prima facie that which in any contract is left to be implied and need

legais, correspondem a cláusulas de negócios típicos (“*particular generic type*”⁵³³), imperativas, reguladas pela lei⁵³⁴. Por último, uma cláusula implícita pode emanar de uma regra consuetudinária sempre que esta não contradiga o conteúdo contratual⁵³⁵. Merece especial destaque o facto de se discutir – quanto à primeira modalidade – a impossibilidade de se retirarem *implied terms* de *unilateral contracts*, com o argumento de que a natureza unilateral do negócio cessaria caso a cláusula viesse provocar a assunção de uma obrigação por parte promissário⁵³⁶.

not to be expressed is something so obvious that it goes without saying; so that, if while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in the agreement, they would testily suppress him with a common ‘Oh of course!’” (ver também, *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10). O outro teste é denominado por *business efficacy test* que tem subjacente a ideia de *necessidade* – e já não *razoabilidade* – da cláusula implícita no contexto negocial (ver caso *Hughes v Greenwhich LBC* [1994] 1 AC 170). Estes testes não são incompatíveis entre si (TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 6, §§036 e STONE, DEVENNEY, *Contract Law*, pp. 231 e ss. Alguma jurisprudência considera os testes têm conjuntamente de ser aplicados no caso concreto de modo a demonstrar a existência de uma cláusula implícita – neste sentido, *Stubbs v. Trower Still and King* [1987] IRLR 321, p. 324; *McAuley v. Bristol CC* [1992] QB 134, p. 147. Outra, por seu turno, considera que basta que um teste responda positivamente para tal efeito se verificar – assim, *Marcan Shipping (London) Ltd. v. Polish Steamship Co. (The Manifest Lipkowsky)*, 2 Lloyd’s Rep 138 (pp. 143-4); *Clarion Ltd. v. National Provident Association* [2000] 1 WLR 1888 (p. 1896). Mais recentemente, os tribunais têm entendido que ambos os testes são abstratamente aplicáveis, sendo as circunstâncias concretas de cada situação a determinar qual o teste a ser chamado à colação – neste sentido, *Lymington Marina Ltd. v. Macnamara* [2007] EWCA Civ. 151, [2007] 2 All ER Comm 285 (p. 37) e *Adler v. Ananahall Advisory & Consultancy Services Ltd.* [2009] EWCA Civ. 586.

⁵³³ Vide *Clarion Ltd. v. National Provident Association* [2000] 2 All ER 265 (p. 273), onde se retira que as cláusulas implícitas por lei só se poderão aplicar a negócios típicos.

⁵³⁴ Estas cláusulas manifestam-se numa variedade de atos legislativos, entre os quais se destaca o *Sale of Goods Act* (1979) – para um apanhado geral dos *implied terms* desta lei, por todos, MCKENDRICK, *Contract Law*, I, pp. 338 e ss. São habitualmente ocorrentes muitas cláusulas implícitas no contexto dos contratos de trabalho – ver por exemplo, *Harmer v. Cornelius* (1858) 5 CB (NS) 236, onde se considera implícita a cláusula segundo a qual o trabalhador assume que tem capacidades ou competências adequadas às tarefas que vai desempenhar (não tem natureza promissória, mas sim garantística). Em Portugal, também se tem encontrado alguns casos de cláusulas implícitas *ex lege*, nomeadamente no âmbito do direito comercial, como sucede com o pacto de não concorrência implícito no contrato de *factoring* – neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, p. 519.

⁵³⁵ Para desenvolvimentos e referências jurisprudenciais, TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 6, §046.

⁵³⁶ Assim, *Little v. Courage Ltd.* (1995) 70 P&CR 469 (p. 474). Contra, TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 6, §037.

Passemos agora à temática das “promessas negativas” (*negative promises*). Em termos lógicos, jurídicos e linguísticos, a promessa não pode provir de atos negativos. A razão desta impossibilidade resulta do enunciado performativo e da auto-constatatividade ontológica da declaração promissória. Se não existe qualquer ato, é logicamente impossível a emergência de um elo obrigacional decorrente de declarações promissórias; ele depende necessariamente de uma atuação, positiva ou negativa, direta ou indireta, por parte do promitente⁵³⁷. O tema intrinca com o valor do silêncio enquanto meio declarativo. O artigo 218.º do CC indica que o silêncio só terá valor declarativo quando seja permitido por lei, uso ou convenção⁵³⁸. O primeiro e o segundo elemento configuram puras ficções legais não exigindo especial atenção. Quanto ao caso convencional, torna-se necessário distinguir entre as promessas condicionais e incondicionais. Relativamente a estas, o problema do silêncio não se põe porque, independentemente da recipiendade ou não-recetividade declarativa, a simples perfeição da declaração promissória origina a promessa unilateral⁵³⁹. Quanto àquelas, o silêncio coloca-se aquando do discurso formativo, *maxime* no ato de aceitação. Nestes casos, a promessa (*P*) é efetuada no momento temporalmente coincidente com a declaração de valorização do silêncio que foi sujeita a consentimento prévio da contraparte. Quando (*A*),

⁵³⁷ Desta forma, a dispensa de declaração de aceitação (artigo 234.º do CC) não invalida a conclusão de que a existência da promessa está dependente de um ato positivo – expresso ou tácito. Em primeiro lugar, não se deve confundir o ato de aceitação com a declaração promissória. O ato de aceitação está linguisticamente próximo da “*spondeo*” do *ius romanum*. Para além disso, deve existir uma conduta do lado do promitente que demonstre intenção de aceitar a proposta (*vide* artigo 234.º, *in fine*). Isto significa que, em bom rigor, a lei não prevê uma “total” dispensa de declaração de aceitação, mas sim a dispensa de uma declaração expressa. No mesmo sentido, TRC, processo n.º 9-B/1991.CI, de 14-05-2013 (HENRIQUE ANTUNES).

⁵³⁸ Nos direitos inglês e norte-americano *vide* TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 2, §§043 e ss.; CORBIN, *On Contracts*, §§72 e ss.

⁵³⁹ A situação em que alguém, no âmbito da constituição de uma promessa unilateral, projeta no tempo os seus efeitos à sua não-atividade, não configura verdadeiramente um caso de valorização do silêncio, mas um problema de suspensão de eficácia da promessa. Por conseguinte, se (*A*) quer atribuir um prémio a todos os que se encontrarem na situação (*x*) e diz: “se eu nada disser no dia (*t*), prometo (desde então), pagar €1000 a quem se encontrar na situação (*x*)”, a promessa é feita no momento dessa declaração promissória, condicionando os seus efeitos, outrossim, à verificação de um facto futuro e incerto.

vendedor, se dirige a (*B*), comprador, dizendo que se este nada disser durante sete dias considerar-se-á aceite a proposta de compra e venda, o conteúdo promissório contratual do comprador, implícito no enunciado do proponente, funda-se no momento da aceitação do silêncio que, para gerar efeitos jurídicos, terá de estar previamente consentido (declaração expressa ou tácita) pelo promitente (*Pt*). É, portanto, no momento convencional que emerge – abstratamente – a promessa (*P*), ficando a sua eficácia (*e*) sujeita a um evento futuro e incerto (*cd_x*) que é o momento da valoração do silêncio enquanto representação da aceitação da proposta. Assim:

(*t₁*): (*pd*) \supset (*cd_x*) [= silêncio de (*Pt*)]; [(*pd*)(*e*)] \wedge [(*P*)(\neg *e*)];

(*t_{1,s}*): (*cd_x*) verifica-se (“ocorrência” do silêncio); logo

(*t₂*): [(*P*)(*e*)].

2.5. INTERVENIENTES

2.5.1. PLURALIDADE SUBJETIVA: IDENTIDADES MÚLTIPLAS

As concepções filosófico-linguísticas do conceito de promessa quanto aos seus elementos subjetivos podem não ser suficientes para a descrever. Todas as definições de promessa *supra* mencionadas implicam, no mínimo, a existência de uma relação, um *two-party affair* entre um promitente (*Pt*) e um promissário (*Pa*). Aproveitando a definição do *Restatement (second)*, promitente corresponde à pessoa que manifesta a intenção promissória, e o promissário a pessoa a quem essa manifestação é feita. As noções dos dois sujeitos paradigmáticos da promessa encontram-se presentes, entre nós, no âmbito do contrato a favor de terceiro: “(...) diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita” (artigo 443.º/1 do CC).

O binómio “(Pt) (Pa)” aparenta ser redutor no que concerne a complexa estrutura subjetiva da figura da promessa. Em algumas circunstâncias é ainda possível evidenciar um outro interveniente denominado por *beneficiário* (Be). Isto é visível na moderna *stipulatio alteri* na qual o terceiro é considerado como a pessoa que recebe o *benefício* (artigo 447.º do CC)⁵⁴⁰. O beneficiário parece corresponder, então, a um conceito diferente de promissário, tal como nem sempre o declarante promissório corresponde ao promitente nem, reflexamente, o promissário corresponde ao alocutário. Nos pontos que se seguem procurarei traçar as fronteiras entre todos estes e outros intervenientes no processo promissório, abordando, em especial, alguns problemas específicos como a representação e as auto-promessas.

2.5.2. LOCUTÁRIO, ALOCUTÁRIO; DECLARANTE, DECLARATÁRIO; PROMITENTE, PROMISSÁRIO

A linguagem para-jurídica não descreve todos os intervenientes da promessa juridicamente relevantes: estes resultam de um enquadramento dogmático característico do sistema jurídico.

Locutário corresponde ao declarante material da declaração. Pode ser, na prática, o declarante promissório ou até o próprio promitente, nunca se confundindo com eles. O *núncio*, mero veículo comunicativo, não é declarante promissório nem tão-pouco promitente: ele apenas limita-se a transmitir a vontade do declarante⁵⁴¹. Do outro lado, *alocutário* é aquele a quem a declaração é efetivamente transmitida. Alocutário não corresponde ao declaratário porque

⁵⁴⁰Cfr. Artigo 5.2.2., Princípios UNIDROIT e AAVV, *The UNIDROIT Principles*, pp. 274 e ss.; MANN, ROBERTS, *Business Law*, pp. 313 e ss; PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 551 e ss.

⁵⁴¹ ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 965.

enquanto este representa a pessoa a quem a declaração promissória é dirigida, aquele pode consistir num terceiro, estranho ou não à declaração.

Adicionalmente, *declarante* promissório corresponde ao autor da declaração promissória. Ele não tem necessariamente de ser o verdadeiro autor fático da declaração. O declarante promissório não coincide propriamente com a figura do declarante negocial como nos evidencia o problema da representação no âmbito da teoria da promessa que será analisado adiante. Por outro lado, *declaratário* promissório é a pessoa a quem a declaração promissória é dirigida (*rectius*: a aquela a quem tal declaração produzirá efeitos jurídicos).

Finalmente, o *promitente* é aquele que se auto-vincula através da declaração promissória e independentemente da estrutura discursiva prevista⁵⁴². É o *devedor* da prestação debitória. O promitente corresponde sempre ao declarante promissório; a única diferença é que o promitente está vinculado ao ato prometido e o declarante, por si só, não: sobre este poderão recair naturalmente outras situações jurídicas passivas tais como a sujeição. Se o promitente é o lado passivo do elo obrigacional o *promissário* é, portanto, o titular do direito de crédito correlativo, ou seja, o credor, pois é ele que tem o direito à prestação debitória; é aquele sobre quem foi feita a atribuição patrimonial. Este é o modelo tradicional.

2.5.3. BENEFICIÁRIO E PROMISSÁRIO; A PROPÓSITO, O CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO

As definições do conceito de promessa que foram apresentadas como ponto de partida evidenciam o *so-called* “two-party affair” entre promitente (*der*

⁵⁴² O CC compreende esta aceção do conceito de promitente enquadrando-o no sentido amplo de promessa (*P*). Neste sentido, encontra-se referências ao conceito em situações de discursos monológicos (promessa pública – artigo 459.º/2); em casos de discursos dialogantes (contrato-promessa – artigos 410.º e ss. e 830.º/4; promessa de casamento – 1592.º/1) e em casos híbridos, (contrato a favor de terceiro – 443.º/1).

Versprechender) e promissário (*der Versprechensempfänger*), sendo este último, segundo de FERREIRA DE ALMEIDA, aquele sobre quem recai o ato – “favorável”, ou “benéfico” – prometido por aqueloutro⁵⁴³. Nos direitos de *common law* também se usa as expressões *promisor* e *promisee* com significado equivalente. Mas da alusão ao benefício surge igualmente o conceito de *beneficiário* (*beneficiary*) da promessa. É muito comum utilizar-se este termo como sinónimo de promissário e, em termos gerais, esta equivalência subjetiva está correta. Terminologicamente, enquanto que a ideia de beneficiário recai sobre os efeitos da promessa (atribuição de um direito de crédito), e bem assim sobre um dos elementos objetivos do seu conceito – o ato (prometido) favorável (a outrem) –, já o promissário se relaciona com a incidência subjetiva da própria promessa – aquele sobre quem a promessa é feita⁵⁴⁴. Contudo, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a propósito do contrato a favor de terceiro (*stipulatio alteri* ou *ius quaesitum tertio*), é perceptível uma desmultiplicação de identidades subjetivas do lado da situação ativa aparentemente unitária. Com efeito, entre nós, e na esteira da maioria dos ordenamentos jurídicos europeus continentais e anglo-saxónicos, o regime da *stipulatio alteri* vigente nos artigos 443.º e ss. do CC parece promover uma diferenciação conceitual entre as figuras de promissário e beneficiário⁵⁴⁵. Neste sentido, torna-se necessário e útil ao tema que me ocupa, perceber o significado e a relevância (se é que realmente há) desta clivagem perante o conceito jurídico-filosófico de promessa; por conseguinte, não é meu objetivo discorrer sobre o regime jurídico e todas as particularidades desta estrutura contratual.

Antes de mais, uma prévia distinção. Atente-se nestas duas declarações promissórias:

⁵⁴³ Cfr., *supra* II, 2.1.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 464.

⁵⁴⁴ É habitual na terminologia jurídica a utilização dos sufixos “-ente” (ou “-ante”) e “-or”, por um lado, e “-ário”, por outro, para indicar, respetivamente, aquele que pratica o ato e/ou negócio jurídico e aquele sobre quem esse ato e/ou negócio é praticado – atente-se nos binómios locador/locatário, mandante/mandatário, mutuante/mutuário, depositante/depositário, doador/donatário, comodante/comodatário, etc.

⁵⁴⁵ O artigo 443.º/1, *in fine*, do CC indica que o promissário é o “contraente a quem a promessa é feita”; já o artigo 447.º do CC adjetiva o terceiro de beneficiário da promessa.

(α): (A), perante (B), diz: “Prometo pagar €100 a (C)”

(β): (A), perante (B), diz: “Prometo-te que vou pagar €100 a (C)”

No caso (α), a promessa é única e é feita de (A), promitente, para (C), promissário (e beneficiário); (B) apenas é uma testemunha – pode ser um notário, ou até uma divindade, nos casos de *oaths* (promessas ou juramentos feitos entre indivíduos onde a divindade é chamada a testemunhar sobre a sinceridade da declaração). Este não é verdadeiramente um problema plurisubjetivo, mas uma questão de eficácia da declaração promissória⁵⁴⁶. Já no caso (β) tal problema encontra-se evidenciado, no seu enunciado, através do recurso ao pronome oblíquo átono reflexivo “-te”. A declaração promissória expressamente indica (B) como “promissário” – aquele a quem a promessa é feita – e (C) como “beneficiário” – aquele que recebe o benefício (*hic*: o direito a receber €100). Este é o clássico exemplo de *stipulatio alteri*, nos termos da qual se coloca a questão de saber quantas promessas existem e quais os seus intervenientes.

O contrato a favor de terceiro não é um negócio típico. É um modelo negocial baseado numa estrutura subjetiva tripartida⁵⁴⁷. A noção de ANTUNES VARELA é bem sintomática: “o contrato a favor de terceiro é o contrato em que um dos contraentes (*promitente*) atribui, por conta e à ordem do outro (*promissário*), uma vantagem a um terceiro (*beneficiário*), estranho à relação contratual”⁵⁴⁸. A atribuição patrimonial não tem, todavia, de ter necessariamente natureza creditícia: pode consistir na atribuição de um direito real (por exemplo, a hipoteca a favor de terceiro) ou até mesmo, no caso do direito português, se podem remitir dívidas ou ceder créditos (artigo 443.º/2 do CC) através dessa estrutura⁵⁴⁹. Por isso, o termo

⁵⁴⁶ (C) pode nunca chegar a ter conhecimento desta declaração; ou, inversamente, esta pode já lhe ter sido comunicada.

⁵⁴⁷ STÜRNER, MEDICUS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, p. 664.

⁵⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 410. Curiosa é também a definição de LIMA REGO: “o contrato a favor de terceiro é um contrato em que as partes estipulam um efeito jurídico positivo de terceiro” (*Contrato de seguro e terceiros*, p. 493).

⁵⁴⁹ Para uma análise dos contratos a favor de terceiro falsos ou impróprios, LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, pp. 51 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 262. Cfr. VAZ SERRA, “Contrato a favor de terceiro”, pp. 44 e ss.; para um aprofundamento dogmático da

promessa, que envolve a ideia de vinculação (do promitente) à prática de um ato futuro e incerto, não é o mais escorreito⁵⁵⁰. Para além desse facto, é preciso salientar que as referências a estas identidades são redutoras das comuns situações jurídicas manifestadas no contrato a favor de terceiro de eficácia obrigacional porquanto o “promissário” também pode ser – e muitas vezes é – “promitente” (por exemplo, é devedor de um prémio de seguro) e, reflexamente, o “promitente” se encontra na posição de promissário/beneficiário dessa dívida.

Segundo a doutrina dominante, a “lógica geométrica”⁵⁵¹ do contrato a favor de terceiro apresenta três relações jurídicas⁵⁵². Em primeiro lugar, a *relação de cobertura* (de provisão, de garantia ou básica), estabelecida entre o promitente e o “promissário” ($Pt \leftrightarrow Pa$). É neste acordo que jaz o enunciado da promessa, a *stipulatio alteri* em sentido próprio, e que pode ser apenas uma cláusula acessória do negócio (estipulação ou cláusula a favor de terceiro). Para além disso, é na relação de provisão que se indicam todos os direitos e deveres entre o promitente e o “promissário” que servem de meios de defesa do promitente face ao terceiro (artigo 449.º do CC), sendo este determinado *ab initio*⁵⁵³. Em segundo lugar, a *relação de valuta* ou *relação subjacente* (*Valutaverhältnis* ou *Zuwendungsverhältnis*). Esta relação liga o “promissário” ao terceiro beneficiário – ($Pa \leftrightarrow Be$). É a justificação dos efeitos externos⁵⁵⁴. A sua função económico-

promessa de exoneração de dívida a favor de terceiro, por todos, LIMA REGO, “A promessa de exoneração de dívida a terceiro”, pp. 681 e ss. Para uma nota de direito comparado, VERHAGEN, in AAVv, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 153-5.

⁵⁵⁰ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 44.

⁵⁵¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 554.

⁵⁵² MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 258-9; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 353-4; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 572-3; GOTTWALD, *Münchener Kommentar*, II, comentário ao §328; STÜRNER, MEDICUS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 664 e ss. FERREIRA DE ALMEIDA apresenta outras três denominações para estas relações, que, segundo o autor, por razão “de amplitude legal e prática”, colocam o foque no próprio contrato a favor de terceiro: (i) relação contratual ou externa; (ii) relação subjacente ou interna e (iii) relação de atribuição (*Contratos II*, p. 46.)

⁵⁵³ O artigo 445.º do CC contempla um regime especial para as situações em que o terceiro é um conjunto indeterminado de pessoas jurídicas.

⁵⁵⁴ VERHAGEN, in AAVv, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, p. 155; para desenvolvimentos, WALL, *Das Valutaverhältnis des Vertrags zugunsten Dritter*, pp. 3-13.

social coincidirá ou não com a do contrato a favor de terceiro⁵⁵⁵, mas justificará o interesse negocial de (*Pa*) na relação de cobertura. A relação subjacente não é elemento caracterizador da figura do contrato a favor de terceiro: ela é inexistente quando o terceiro é indeterminado (artigo 445.º do CC). Pode basear-se numa situação jurídica pré-existente, ou a existir, ou mesmo assumir outra natureza que não negocial (por ex.: se decorrer de uma obrigação de indemnização por via da responsabilidade aquiliana). Para além disso, quando o beneficiário for designado, não é exigível que este dê o seu consentimento quanto à possibilidade de lhe ser atribuído um direito e a relação pode ser geneticamente unilateral como sucede nos casos de atribuição de uma pura liberalidade por parte de (*Pa*) a (*Be*) que não tem sequer de ter cognoscibilidade do ato para que este produza efeitos jurídicos. Em qualquer dos casos, esta deverá ser entendida como uma *atribuição patrimonial indireta* a (*Be*)⁵⁵⁶. Finalmente, a *relação de execução*, fixada entre o promitente e o terceiro – (*Pt*)↔(*Be*) – nos termos da qual se encontra estabelecido o (efetivo) vínculo obrigacional de formação unilateral.

O contrato a favor de terceiro – cuja sua admissibilidade, ao longo da História, foi vista muitas vezes com alguma cautela⁵⁵⁷ – é um clássico exemplo da

⁵⁵⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 46.

⁵⁵⁶ LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, pp. 169-70. Acompanhando, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 258. Na jurisprudência, TRC, proc. n.º 339/2001.C1, de 19-12-2006 (TELES PEREIRA).

⁵⁵⁷ Os resquícios históricos do contrato a favor de terceiro remontam à nossa já conhecida *stipulatio* do *ius romanum* (cfr., *supra*, I, 2.4). Na fase clássica do direito romano era totalmente inadmissível a estipulação a favor de terceiro, independentemente do interesse do estipulante, tal como fixava a máxima “*alteri stipulari dari nemo potest*”, a não ser que a estipulação fosse feita, respetivamente, pelo filho ou escravo, ao pai ou mestre. A regra estava formulada no sentido de atribuir ineficácia processual à estipulação a favor de terceiro e isso começou a gerar alguns problemas processuais (cfr. HALLEBECK, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 10-1). Ao longo das diversas fases do direito romano, os juristas começaram a criticar esta solução e a abrir espaço para a admissibilidade de estipulações a favor de terceiro quando houvesse interesse do estipulante na prestação feita a terceiro (*vide* GAIUS em 3.103; I. 3.19.20 e ULPIANUS – D. 45.1.38.21). A discussão seguidamente ampliou-se para o mandato a favor de terceiro (*mandatum alteri*) prosseguindo para o período intermédio. Os juristas do reino de Castela e os canonistas do direito medieval não viam propriamente um problema em se estipular a favor de terceiro. Como já foi referido, os juristas do período intermédio estavam preocupados com a validade jurídica de promessas unilaterais “vestidas” ou “nuas” e, por isso, a estipulação a favor de terceiro era um verdadeiro *golden theme* porque se tornava necessário perceber se a vinculação

exceção ao princípio da relatividade dos contratos, nos termos do artigo 406.º/2 do CC⁵⁵⁸. No direito português, o terceiro beneficiário nunca chega a ser “parte” do acordo nem tão-pouco tem de aceitar a promessa⁵⁵⁹. Se o faz, o contrato automaticamente se torna tripartido e desaplicando-se o regime jurídico dos artigos 443.º e ss. do CC. O conceito de beneficiário não está propriamente relacionado

seria possível quando a pessoa estava ausente (cfr. HALLEBECK, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 21 e ss.) A ideia de que a estipulação a favor de terceiro deveria ser admissível foi reforçada especialmente pelos canonistas que atribuíam uma importância divina à palavra dada. O terceiro beneficiário destas promessas, segundo os canonistas, podia exigir o cumprimento da prestação com base na *denunciatio evangelica* (cfr. DE BUTRIO, *Ad proeminum* 69, *Super librum*). No direito do Reino de Castilla-León a *ley “Paresciendo”* do *Ordenamiento de Alcalá* (1348), continha uma regra bastante ampla que indicava que alguém que pretenda vincular-se através de uma promessa unilateral ou um contrato, era obrigado a cumprir o prometido – isto era interpretado pela doutrina no sentido de permitir a *stipulatio alteri* ainda que não houvesse interesse por parte do estipulante (HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 294). GROTIUS e a última fronteira do jusnaturalismo voltaram a pegar no assunto no séc. XVII permitindo a estipulação a favor de terceiro com a pequena *nuance* de que o terceiro teria de aceitar a promessa (GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II. xi. 18.). Foi este o legado que os juristas do direito moderno e da escolástica pandectística receberam aquando da sua reforma, cujo resultado influenciou a maioria dos ordenamentos jurídicos continentais europeus com exceção do direito holandês que recebeu, até aos dias de hoje, a tese de GROTIUS. O direito inglês, por seu turno, sempre foi muito reticente em aceitar a *stipulatio alteri* por dois motivos: (i) por desconhecimento sistémico e (ii) devido ao regime jurídico da *agency*. Na era da dogmatização da *Contract Law* (séc. XIX), os antigos textos medievais vieram emergir – e de bom grado para a doutrina inglesa – a *privity rule* – inserida no ordenamento jurídico através do famoso caso *Tweddle v. Atkinson* [1861] EWHC QB J57; 1 B. & S. 393 – e que nada mais é do que o equivalente ao direito inglês do princípio da relatividade dos contratos. A *privity rule* foi sujeita a muitas reconstruções doutrinárias e pretorianas ao longo das décadas e a sua interpretação mais rígida caiu com a adoção do *English Contracts (Rights of Third Parties Act)*, em 1999, após ter sido emitido, em 1996, o *Report on Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties* (TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 14, §§002). No resto dos ordenamentos jurídicos de *common law*, a admissibilidade da *stipulatio alteri* fez-se de forma mais pacífica e anterior – face ao direito inglês. Por exemplo, no direito norte-americano previu-se tal regra no caso *Lawrence v. Fox*, 20 NY 268(1859) – para desenvolvimentos, cfr. CORBIN, *On Contracts*, §§772-8. Para um resumo da adoção do contrato a favor de terceiro noutros ordenamentos jurídicos de *common law*, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 297-301.

⁵⁵⁸ O direito italiano consagra uma norma equivalente no artigo 1372 do *codice*. Sobre o princípio da relatividade dos contratos, por todos, LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, pp. 474 e ss.

⁵⁵⁹ Assim também se passa noutros ordenamentos jurídicos de *civil law* tais como o direito alemão, francês e italiano. De igual forma, desde o *Contracts (Rights of Third Parties Act) 1999*, que o direito inglês prevê que o terceiro nunca é parte do acordo feito entre o *promisor* e o *stipulator* [cfr. subsecção 1(5) da referida lei]. Inversamente, no direito holandês, e porque acolhe a doutrina da aceitação, o artigo 6:254 do BW prevê expressamente que o terceiro, após aceitar a promessa, torna-se “parte” do acordo, ao qual se aplicarão as regras previstas no artigo 6:279 do BW relativas aos contratos multilaterais.

com o interesse do credor da prestação (do terceiro), mas com a atribuição de uma vantagem patrimonial – constituição de um direito de crédito ou direito real – na sua esfera jurídica⁵⁶⁰. O “benefício” é meramente presuntivo, porquanto o terceiro pode sempre recusar a “promessa”; se esta tiver caráter obrigacional, o seu vínculo ainda se encontra numa fase pré-consolidativa pois a aquisição do direito à prestação é, perante o direito português, automática e *ipso iure*⁵⁶¹. Quanto à estipulação a favor de terceiro em sentido próprio, o “promissário” tem de ter, sob pena de inadmissibilidade, um *interesse digno de proteção legal* (artigo 443.º/1 do CC) – que não se confunde com o interesse presente no artigo 398.º/2 do CC na medida em que o “promissário” não adquiriu, por força da *promessa (stipulatio alteri)*, uma vantagem patrimonial, *proprio sensu*: ele não é o efetivo credor ao recebimento da prestação, apenas tem – e quando tem – direito a exigir o seu cumprimento. Como bem refere FERREIRA DE ALMEIDA, o promissário “prescinde, a favor do terceiro, do direito que, noutras circunstâncias, corresponderia à realização do seu próprio interesse”⁵⁶². Tal interesse digno de proteção legal só poderá ser concebido como alusão à função económico-social da promessa a favor de terceiro, interligando a cobertura à valuta.

Sem prejuízo de outras disposições contratuais que possam surgir na relação de provisão, *promessa* (a favor de terceiro), portanto, há apenas uma. O vínculo é estabelecido *ipso iure* entre o promitente e o beneficiário *à custa* do “promissário” que adquire o já mencionado direito a exigir o cumprimento da prestação por conta do terceiro – aqui, não há uma duplicidade de promessas, mas uma promessa bicéfala no que toca ao lado ativo, vigorando, todavia, um regime supletivo no que toca à aquisição deste direito. As partes podem acordar no sentido oposto (artigo 444.º/2 do CC); nestes casos, o promissário fica desprovido desse direito; apenas

⁵⁶⁰ Adiante, em II, 2.7.5, aprofundarei a questão do ato prometido como ato “benéfico”, onde, entre outros aspetos, abordarei a questão do interesse do credor.

⁵⁶¹ O direito português acolheu a teoria do incremento (*Anwachsungstheorie*) ou receção automática – para uma perspectiva de direito comparado, cfr. VERHAGEN, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 157-8).

⁵⁶² FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 48.

lhe é concedido o direito à revogação *antes* da adesão⁵⁶³. O “promissário” e o terceiro têm supletivamente solidariedade ativa, *ex lege*, perante o promitente. O fundamento da aquisição do direito à prestação não resulta do vínculo obrigacional $(Pt) \leftrightarrow (Be)$ que tem natureza formativa unilateral; esse direito, a existir, justifica-se na qualidade que o “promissário” assume nesta estrutura tripartida. Porque a atribuição patrimonial é *indireta*, este sujeito da relação é visto como disponente, na medida em que *concede* o benefício a terceiro. O “promissário” dispõe do seu interesse de potencial credor em função do interesse do terceiro beneficiário de modo a que a atribuição patrimonial indireta seja eficaz por força da promessa emitida pelo promitente. A este facto não joga a relevância da função económico-social da relação de cobertura, pois por parte do “promissário” não tem necessariamente de corresponder uma contrapartida pecuniária ou de valor patrimonial no quadro da relação de cobertura. Em última instância, é possível conceber a coexistência de duas relações de liberalidade – a primeira, na atribuição indireta do benefício concedido a terceiro [liberalidade na disponibilidade de (Pa) perante (Be)]; a segunda, na própria relação de cobertura [liberalidade de (Pt) perante (Pa)].

Assim se consegue estabelecer uma melhor distinção entre dois casos aparentemente equivalentes. Imagine-se que (A) quer atribuir a prestação (z) a (C) , de forma unilateral, e vê-se restringido pelo princípio do contrato e pelas balizas traçadas pelo artigo 457.º do CC. De acordo com o *iter* que foi previamente delineado, (A) pode pedir (ou ordenar) a (B) que este atribua o direito de crédito correspondente à prestação (z) , à pessoa (C) , não por conta e em nome daquele, mas sob a forma de promessa unilateral de uma prestação, em troca de uma contrapartida qualquer – assumindo que esta relação é onerosa. Neste exemplo, o fim previsto por (A) verificou-se através da interposição da promessa unilateral elaborada por (B) . Agora pense-se numa situação equivalente, mas de forma

⁵⁶³ Se a promessa for feita no interesse do promitente e do “promissário”, a revogação terá de ser concedida por aquele – por exemplo, um seguro de vida (artigo 448.º/2 do CC).

inversa. Pretendendo prosseguir o mesmo fim visado no caso anterior, (A) promete, perante (B) que irá realizar a prestação (z) a favor de a (C). Verifica-se, outrossim, unilateralidade promissória e aparentemente o fim previsto também foi alcançado, alterando-se, no entanto, as posições jurídicas de (A), no sentido (Pa) para (Pt). Ambas as situações parecem reconduzir-se à estrutura da *stipulatio alteri*. Contudo, só a primeira singrará e só esta é admissível perante o direito constituído porquanto na segunda não existe qualquer interesse digno de proteção de legal por parte de (B), falhando um pressuposto essencial para aplicação do regime vigente nos artigos 443.º e ss. do CC. Não é ele que tem o interesse indireto de atribuição patrimonial a (C), mas sim (A), que, na presente situação, nunca poderá assumir a qualidade de “promitente” nos termos específicos da noção de contrato a favor de terceiro. Por conseguinte, (B), que antes de se deparar com o princípio do contrato e com o artigo 457.º do CC queria assumir a posição de promitente – emitindo uma promessa unilateral a favor de a (C) – encontra, no contrato a favor de terceiro, uma forma lícita de contornar estas fronteiras à autonomia privada, alterando a sua pretensa posição de (Pt) para (Pa)⁵⁶⁴. Na verdade, e em face da *stipulatio alteri*, ele nunca é um “promissário” na verdadeira aceção do termo tal como este se delimita no quadro teoria da promessa; ele é um “promitente de segundo grau”, um “promitente indireto” ou, como propõe FERREIRA DE ALMEIDA, um “disponente”⁵⁶⁵.

Quando o contrato a favor de terceiro tem natureza promissória, a estipulação a favor de terceiro (em sentido próprio) tem uma estrutura formativo-discursiva de monólogo: é um negócio unilateral obrigacional embutido numa estrutura multilateral e dela funcionalmente dependente, verificando-se a eficácia externa da promessa unilateral dentro do regime interno do contrato. Destarte, não sendo um negócio “típico” representa um caso-exceção ao princípio geral vigente no artigo 457.º do CC. Mas o elemento unilateralidade perante o terceiro

⁵⁶⁴ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, pp. 50-1.

⁵⁶⁵ *idem*, p. 44.

beneficiário não se reconduz ao próprio acordo entre promitente e disponente⁵⁶⁶. O caráter unilateral é gerado de forma *unitária* apenas pelo promitente no quadro desse acordo⁵⁶⁷. Por isso é que se verifica uma *correspondência funcional* e não, como defende LEITE DE CAMPOS⁵⁶⁸, uma “concorrência funcional” de direitos de crédito. A dualidade de situações jurídicas ativas e bem assim, o regime de oposição dos meios de defesa do promitente (artigo 449.º do CC) apenas são evidências da interligação entre as *supra* referidas relações. A funcionalidade está na conexão entre a relação de cobertura e a relação de execução – entre a causa da obrigação e a sua atribuição. O direito à exigibilidade da prestação por parte do disponente é uma consequência do seu interesse digno de proteção legal, elemento de admissibilidade desta estrutura tripartida.

Esta ideia de unilateralidade que ora proponho é difícil de conceber em alguns ordenamentos jurídicos *fechados* à ideia de auto-vinculação tais como o direito alemão que considera a relação de execução de natureza *quase-contratual* (*vertragsähnliche*)⁵⁶⁹. Hoje em dia, no direito alemão, não é realmente certa qual a natureza do direito adquirido pelo terceiro, mas é genericamente aceite que resulta

⁵⁶⁶ Contra, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 178. É de realçar a posição do jurista ao assumir (ainda que sem desenvolvimentos) que o contrato a favor de terceiro é uma estrutura que engloba um contrato e um negócio unilateral. Assim escreve o jurista a propósito do caráter excecional da admissibilidade dos negócios unilaterais como fontes de obrigações: “o contrato a favor de terceiro é, por definição, um negócio bilateral, resultante do acordo entre promissário e promitente. Pode portanto estranhar-se que o mencionemos aqui. Sem dúvida, nas relações entre os contraentes existe *bilateralidade*. Mas o referido contrato apresenta-se em face do terceiro beneficiário como um negócio unilateral. O crédito em que o terceiro fica investido nasce para ele *unilateralmente*, não é fruto de acordo que celebre com o promitente e o promissário” (*ibid.*).

⁵⁶⁷ A natureza promissória de raiz unilateral que defendo (face ao direito constituído e face ao *melhor* direito) é uma das várias teses possíveis que se encontram na doutrina estrangeira. Neste sentido, e resumidamente, é possível descortinar a *tese da agência*, nos termos da qual o “promissário” assume a posição de agente (*Ag*) e o terceiro de representado (*Pi*); a *tese da gestão de negócios*, segundo a qual o “promissário” encontra-se a gerir o “negócio” do terceiro, atuando no seu interesse; a *tese da cessão de créditos*, em que o direito de crédito se constitui primariamente – e de forma global – na esfera jurídica do “promissário” e, após adesão/aceitação da promessa, este se transfere para o beneficiário; e finalmente a *tese contratual* onde a aceitação da promessa por parte do terceiro tem como efeito a sua inserção num contrato de natureza tripartida. Para desenvolvimentos, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 284-92.

⁵⁶⁸ LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, pp. 151-2.

⁵⁶⁹ VERHAGEN, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, p. 156.

vontade mútua entre o *Versprechender* e o *Versprechensempfänger*⁵⁷⁰. Não deixa de interessante verificar que alguma doutrina tem apontado a figura do contrato a favor de terceiro como um exemplo de fonte unilateral de obrigações a par da *Auslobung*⁵⁷¹. Face ao direito português, é igualmente verdade que a natureza do direito adquirido resulta da “vontade” entre o promitente e o disponente. Esse é um dos motivos que justifica o regime da revogação da promessa; mas o facto de a promessa, perante terceiro, ter natureza unilateral, desvirtua essa mútua vontade para um segundo grau. Em bom rigor, o terceiro adquire o direito unicamente por força da “vontade” (*rectius*: da declaração negocial promissória) emitida pelo promitente. O que é curioso verificar é que o próprio projeto de BGB previu esta ideia. VON KÜBEL, um dos mais notáveis nomótetas do BGB, embalado pela tese da unilateralidade pura, nos termos da qual a oferta contratual deveria ser considerada como uma promessa auto-vinculante – “*Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zum Worthalten (Vertragsantrag)*”⁵⁷² – propôs que se aceitasse a tese de que a aquisição do terceiro beneficiário no quadro da *Versprechen der Leistung an einen Dritten* se baseasse numa promessa unilateral⁵⁷³. Como previamente referi, esta tese não singrou.

A adoção de uma nomenclatura com base na tripartição subjetiva “promitente/promissário/beneficiário”, no que toca ao contrato a favor de terceiro, não é, de todo, a mais feliz. O terceiro beneficiário é o verdadeiro promissário da promessa unilateral emitida pelo promitente; e, de igual modo, o “promissário” (*disponente*), *pode* beneficiar da atribuição de um direito de crédito de conteúdo circunscrito e correlativo – a existir, só tem direito a exigir o cumprimento da prestação debitória e não ao seu recebimento, não se verificando uma verdadeira atribuição patrimonial na sua esfera jurídica (que implique, por exemplo, que os

⁵⁷⁰ Esta posição, embora pareça ser seguida pela doutrina não se encontra expressa em lado algum (cfr. MARKESINIS *et al.*, *The German Law of Contract*, p. 197).

⁵⁷¹ Vide FRÖDE, *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit*, pp. 209 e ss.

⁵⁷² VON KÜBEL, “Das einseitige Versprechen”, pp. 1145 e ss.

⁵⁷³ Vide ZIMMERMANN, “Vertrag und Versprechen”, pp. 473-4.

seus credores, no âmbito da garantia geral das obrigações, possam fazer uso dos mecanismos de salvaguarda necessários e atribuídos pelo ordenamento jurídico). Para efeitos da teoria da promessa, “promissário” e “beneficiário” são sinónimos – o que difere é o foque a que cada um dos termos está sujeito – promissário liga-se com o elemento subjetivo da promessa; beneficiário, por seu turno, relaciona-se com os efeitos (a atribuição do direito de crédito) e com o seu conteúdo, o elemento objetivo – o ato prometido.

Note-se que todo este pequeno excursus à volta do contrato a favor de terceiro tem a sua razão de ser na medida em que o seu *contornável* regime comporta corolários manifestamente relevantes no que aos limites da vinculação unilateral diz respeito. Voltarei a abordar o tema, numa ótica mais sistemática e teleológica no Capítulo IV.

2.5.4. REPRESENTAÇÃO PLENA E FIGURAS AFINS

A representação é um instituto alheio aos linguistas que se dedicaram ao estudo da promessa. Sendo um conceito essencialmente jurídico, o seu enquadramento na teoria da promessa afigura-se um caso deveras complexo⁵⁷⁴. A representação é transversal a diferentes matérias do direito privado, do simples ato ao negócio jurídico e, dentro deste, às suas diversas fases, conteúdos, estruturas e sujeitos. Por conseguinte, apenas focar-me-ei no problema principal da representação no quadro da teoria da promessa e que se relaciona com a

⁵⁷⁴ Para uma análise lógica, *vide*, por todos, GELATI *et al.* “Declarative Power, Representation and Mandate. A Formal Analysis”, pp. 41 e ss.

possibilidade de uma declaração promissória ser efetuada por alguém que não o promitente em sua representação.

Em poucas palavras, é genericamente aceite que o instituto da representação apresenta três características⁵⁷⁵: (i) atuação em nome alheio (*nomime alieno*), (ii) no seu interesse ou por conta deste (*contemplatio domini*)⁵⁷⁶, munido de poderes representativos (poder autoritário⁵⁷⁷). Na medida em que manifesta – ou pretende manifestar – a vontade o representado (*Pi*), o representante (*Ag*) não está investido de direitos subjetivos, mas de poderes funcionais⁵⁷⁸.

Os enunciados de uma declaração promissória feita por via representativa podem assumir uma multiplicidade de formas; por motivos de clareza e simplicidade, tome-se este exemplo:

(α_1): (*Ag*) declara – “(*Pi*) promete (*z*)”.

Assuma-se, para efeitos de análise, que o representante (*Ag*) e o representado (*Pi*) não são as mesmas pessoas e bem assim que aquele está munido de poderes representativos. Neste sentido, em (α_1), a declaração promissória é proferida por (*Ag*), na terceira pessoa, facto que evidencia representatividade. Isto não significa, porém, que a declaração tenha de ser concretamente enunciada na terceira pessoa para produzir efeitos representativos. Com efeito, (*Ag*) poderá assumir as palavras de (*Pi*) expressando:

(α_2): “Prometo (*z*)”.

O resultado interpretativo reconduzir-se-á inexoravelmente à formulação implícita na terceira pessoa como corolário do instituto da representação. Nestes casos, o uso da primeira pessoa pode induzir o alocutário em erro quanto às reais intenções declarativas do representante porque, a depender das circunstâncias,

⁵⁷⁵ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, pp. 202-3; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 240 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 965.

⁵⁷⁶ Contra, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, pp. 540-1.

⁵⁷⁷ TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 16, §§014 e ss.

⁵⁷⁸ Assim também, CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, II, p. 284; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 204.

poderá ser duvidoso se este está a agir em nome e interesse próprio ou em representação de terceiro. Por conseguinte, (α_2) configura a declaração promissória implícita proferida por (Pi), expressa por (Ag). Este modelo tem subjacente uma correlação de causa-efeito entre duas declarações e que importa assinalar: (i) uma *declaração expressa* proferida pelo representante (Ag): “(Pi) promete (z)” ou “Prometo (z)”; e (ii) uma *declaração implícita* enunciada por (Pi): “Eu prometo (z)”⁵⁷⁹. Neste sentido, é logicamente possível afirmar que $(Pi) \Leftrightarrow (Pt)$ ⁵⁸⁰.

A declaração expressa do representante deverá ser considerada como enunciado dotado de auto-constatatividade e performatividade reflexiva⁵⁸¹: ela não tem efeito ilocutório de promessa, mas efeito perlocutório, ficcional e automático, constitutivo-performativo da declaração implícita. É exatamente nesta declaração (proferida pelo representado-promitente) que reside a verdadeira natureza promissória performativa e o seu respetivo efeito ilocutório e, caso a *acceptio* seja o efeito pretendido pelo declarante em função da estrutura discursiva em causa, é nela que reside a sua causa. A isto acresce que a declaração implícita também terá natureza auto-constatativa por força da correlação de causa-efeito produzida por ela em concomitância com a declaração expressa.

Se alguma das características da representação não se verifica no caso concreto, estamos perante figuras afins à representação que poderão suscitar perplexidades na teoria da promessa. Considere-se a seguinte declaração:

(β): “Agindo por conta de (A), eu prometo (z)”

Neste caso, o declarante não está a agir em representação de (Pi) como sucede em (α_1) e (α_2), mas em nome próprio. Neste sentido, ele(a) será o declarante promissório e, caso o negócio obrigacional se constitua, o próprio promitente. É o que sucede, por exemplo, no caso de declarações promissórias feitas em

⁵⁷⁹ Não se confundam estas declarações expressas e implícitas com as declarações expressas ou tácitas referidas no artigo 217.º do CC. Aqui, uma declaração expressa pode ser feita tacitamente.

⁵⁸⁰ Equivalência subjetiva entre o representado (Pi) e o promitente (Pt).

⁵⁸¹ Apenas em (α_2), a declaração expressa configura um exemplo de discurso indireto (sobre o tema, SEARLE, “Indirect Speech Acts”, pp. 225 e ss.; BERTOLET, *A Theory of Indirect Speech*).

consequência da autorização concedida no âmbito de um mandato sem representação (artigos 1180.º e ss. do CC)⁵⁸²: contrato pelo qual alguém (mandante) confia a outra pessoa (mandatário) a realização de um ou mais atos jurídicos em nome daquela, mas por conta desta⁵⁸³. “Por conta” significa “no interesse de terceiro” e não “a favor de terceiro”⁵⁸⁴. Se os atos praticados pelo mandatário se demonstram idóneos à autorização concedida, de acordo com a tese da *dulpa transferênci*a acolhida no regime jurídico português⁵⁸⁵, este fica obrigado perante o mandante a transferir todas as posições jurídicas por si assumidas na execução do mandato (artigo 1181.º/1 do CC)⁵⁸⁶. Esta é uma obrigação *ex lege*, mas nada impede que seja inscrita no texto negocial. Quando também é *ex voluntate*, de um ponto de vista promissório, o mandatário-promitente obriga-se a praticar um ato futuro e incerto – transferência de posições jurídicas que este venha a assumir na execução do mandato. Tais posições por ele assumidas podem outrossim configurar, elas próprias, verdadeiras promessas, e é exatamente neste âmbito que o problema é suscitado. Por conseguinte, em (t_2), as posições de (Pt)

⁵⁸² PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, pp. 387 e ss.; AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1703-1765* (PAOLO CENDON ed.), pp. 165 e ss.

⁵⁸³ Também se encontram definições finalísticas nas quais se abrange toda a operação em vista. Neste sentido, como escreve o STJ, mandato é o “contrato pelo qual alguém se obriga para com outrem a intervir, como interposta pessoa, na realização de um acto jurídico que ao segundo respeita” [STJ, proc. n.º 987/06.0TBFAF.G1.S1, de 12-01-2012 (SERRA BAPTISTA)].

⁵⁸⁴ Assim, entre nós, MARIA TOMÉ, “Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust”; na mesma linha de aproximação entre os acordos fiduciários e o mandato de representação, em Itália, BALDINI, *Il mandato*, pp. 121 e ss.;

⁵⁸⁵ Penso que perante os artigos 1180.º e ss. do CC a tese da transferência imediata não é defensável, *de jure condendo* (cfr. PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, pp. 276 e ss.).

⁵⁸⁶ O mandato sem representação pressupõe: (i) atuação no interesse de certa pessoa na realização de determinado ato jurídico sem intervenção própria ou por intermédio de representante; (ii) a interposição de terceiro para esse efeito por incumbência não aparente do titular daquele interesse; (iii) a celebração do negócio pela pessoa interposta com exclusão textual de qualquer referência ao verdadeiro interessado na produção dos efeitos conseguidos por essa pessoa; e (iv) a transmissão para o mandante dos direitos adquiridos pelo mandatário na execução do mandato”. Assim, STJ, proc. n.º 987/06.0TBFAF.G1.S1, de 12-01-2012 (SERRA BAPTISTA). Paralelamente, nos casos de *negotiorum gestio* segundo os quais o gestor atua em seu nome, mas por conta do *dominus*, o artigo 471.º do CC manda aplicar extensivamente as regras do mandato sem representação. Ver sobre este tema VAZ SERRA, “Gestão de Negócios”, pp. 45 e ss.; RIBEIRO MENDES, *Gestão de Negócios*; MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio*.

ou (α) serão transferidas para o mandante, sem eficácia retroativa. Isto leva a concluir que nas situações (β) ou a esta semelhantes, tudo se resume ao modelo *standard* da teoria da declaração promissória e da promessa em sentido estrito, sem qualquer declaração implícita ou condição de eficácia justaposta, sem prejuízo da obrigação de transferência. As regras aqui aplicáveis seguirão a estrutura que apresentarei quanto à transferência de posições contratuais, em especial, quanto à cessão de créditos, na teoria da promessa⁵⁸⁷.

Passe-se agora ao segundo problema. Tomemos o mesmo exemplo de (α) retirando poderes representativos ao representante – caso (γ). Nesta situação, regra geral, de acordo com o artigo 268.º do CC, a lei considera a promessa válida, porém ineficaz até ratificação por parte do representado⁵⁸⁸. O conhecimento do promissário quanto à ausência de poderes representativos só relevará para efeitos de revogação ou rejeição do negócio promissório (artigo 268.º/4 do CC). A estrutura dialogante em (γ) é semelhante a (α) com a exceção dos efeitos que a eventual ratificação poderá produzir. A ratificação configura um (simples) ato unilateral que produz eficácia retroativa quanto ao negócio celebrado pelo representante sem poderes, sem prejuízo de direitos de terceiro⁵⁸⁹. A sua futuridade e incerteza evidenciam uma externalidade elementar, um circunstancialismo exógeno face à promessa. Na medida em os seus efeitos se projetam para trás, a lei considera que a promessa foi feita pelo representado desde o momento da declaração do representante, ainda que sem poderes. Sendo a ratificação a condição de eficácia do negócio promissório, não lhe confere natureza performativa. Por isso, em (γ), e ao contrário de (α), a identidade do promitente recairá sempre sobre o representado independentemente da cognoscibilidade do promissário quanto à ausência de poderes, e bem assim, quanto à possível

⁵⁸⁷ Cfr. *infra*, II, 2.5.5.

⁵⁸⁸ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 217; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 549; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 248 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, tomo IV, p. 109-11.

⁵⁸⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 441; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 965. TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 16, §050; CORBIN, *On Contracts*, §229.

ocorrência futura do ato de ratificação. Neste sentido, em (γ) não há qualquer modificação subjetiva, a identidade $(Pi) \Leftrightarrow (Pt)$ manter-se-á inalterada a todo o tempo.

É importante mencionar que as regras vigentes no direito português no que toca à representação sem poderes, nomeadamente quanto aos efeitos da ratificação, seguem o modelo italiano adotado pelo *codice* no artigo 1399⁵⁹⁰. O caso alemão apresenta um regime parecido (§§182 e 184 do BGB), todavia, com particularidades que merecem ser referidas. Nos termos do §182 do BGB não é permitida a representação sem poderes no que respeita a negócios unilaterais. Isto inclui, naturalmente, negócios unilaterais de natureza promissória como é o caso da *Auslobung*⁵⁹¹. Sem prejuízo, de acordo com mesmo preceito legal, se a contraparte não questionou sobre a existência de poderes aquando da constituição do negócio unilateral, ou se estava previsto previamente que o representante poderia atuar sem poderes, aplicar-se-ão as regras relativas aos contratos, *mutatis mutandis*. O mesmo se passará no que concerne a negócios jurídicos unilaterais feitos perante um representante-declaratário sem poderes, desde que este consinta em tais efeitos⁵⁹².

Resta ainda uma breve nota para o chamado “negócio consigo mesmo” (artigo 261.º do CC) que nos catapulta para a próxima temática⁵⁹³. É contaminado de invalidade, na modalidade proibição relativa (anulabilidade), o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio, seja em representação de terceiro, a não ser que o representante tenha consentido neste

⁵⁹⁰ O direito inglês também recebe a regra da retroatividade da ratificação (assim, *Koenigsblatt v Sweet* [1923] 2 Ch 314, onde se pode ler, na p. 325, “*Ratification (...) is equivalent to an antecedent authority (...) and when there has been ratification the act that is done is put in the same position if it has been antecedently authorized*”. Ver também, *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. Ltd. v. Farnham (Inspector of Taxes)* 1957 1 WLR 1051.

⁵⁹¹ A *Auslobung* corresponde à promessa pública ou promessa de recompensa (cfr. *infra*, III, 2.2.2).

⁵⁹² PALANDT, *Kommentare*, pp. 202-3; FRENSCH, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 283-6.

⁵⁹³ Sobre o tema, por todos, GUICHARD, “O negócio consigo mesmo”, pp. 25 e ss.; DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”, pp. 141 e ss.

facto ou que o negócio exclua, por sua natureza, a possibilidade de um conflito de interesses⁵⁹⁴. Esta regra aplicar-se-á tanto a promessas de estruturas dialogantes como monológicas⁵⁹⁵. Se o representante atua em nome do representado, tudo se reconduz às ilações que foram acima tiradas; se o representante atua em nome próprio, mas por conta de outrem, no âmbito de um mandato sem representação, cair-se-á numa questão auto-promissória⁵⁹⁶, porquanto parece existir uma identidade subjetiva entre o promitente e o promissário $(Pt) \Leftrightarrow (Pa)$. Avancemos então para essa questão.

2.5.5. AUTO-PROMESSAS

Quando alguém diz “eu prometo-me (z)” está, rigorosa e efetivamente, a efetuar uma promessa? Estar-se-á perante esta figura sempre que o promitente e o promissário forem a mesma pessoa?

No dia-a-dia, as auto-promessas ocorrem com muita frequência: é habitual as pessoas prometerem (a si próprias) que tentarão ganhar uma determinada competição, prometerem serem mais responsáveis ou terminarem um projeto. No plano estritamente jurídico, a questão pode ser ligeiramente mais complexa dada a panóplia de possibilidades que o sistema concede às partes da relação promissória no que respeita à mobilidade inter-subjetiva das situações ativas e passivas contidas no elo obrigacional.

⁵⁹⁴ No direito alemão, o §181 do BGB (*Insichgeschäft*) indica que o representante não pode (a menos que tal seja consentido) celebrar em nome do representado consigo mesmo ou em representação de terceiro, a menos que o negócio jurídico consista exclusivamente no cumprimento de uma obrigação – cfr. WOLF, NEUER, *Allgemeiner Teil*, pp. 604 e ss.

⁵⁹⁵ Neste sentido, FRENSCH, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, p. 279.

⁵⁹⁶ Também se utiliza a expressão “auto-negócio” ou, pese embora estruturalmente redutor, “auto-contrato” – cfr. STJ, proc. n.º 532/2001.L1.S1, de 25-06-2013 (FONSECA RAMOS) – para definir algumas situações de negócios consigo mesmo.

Os filósofos, linguistas e juristas encontram-se divididos. Quando são apresentadas as nove condições na teoria dos atos de fala de SEARLE não há qualquer referência a este problema, podendo deduzir-se do seu texto que a hipótese da *self-promise* é, de um ponto de vista lógico-comunicativo, manifestamente absurda⁵⁹⁷. No mesmo sentido se posicionam VON WRIGHT⁵⁹⁸ e STOLJAR⁵⁹⁹. Contrária e recentemente, ecoam algumas vozes no sentido de alterar esta visão paradigmática, considerando que, na verdade, não existem razões linguísticas⁶⁰⁰ nem tão-pouco filosóficas⁶⁰¹ para deixar de enquadrar as auto-promessas como atos de fala válidos. Sou da opinião de que, no plano para-jurídico, os casos de auto-promessas, embora populares, não deixam de consubstanciar situações de esquizofrenia subjetiva que – e aqui, na esteira de STOLJAR – mitigam a tensão típica entre, por um lado, a intenção de prometer (e, talvez, cumprir), e por outro, a expectativa de que o ato prometido seja praticado. Não me debruçarei sobre questões filosóficas e linguísticas. Preocupar-me-ei somente em enquadrar esta temática no plano jurídico.

Denomino por *auto-promessa originária* a promessa que, desde a sua génese, compreende uma equivalência de identidades entre o promitente e o promissário. Estas promessas são, regra geral, conceptualmente absurdas e

⁵⁹⁷ SEARLE, *Speech acts*, pp. 57 e ss.

⁵⁹⁸ “On Promises”, pp. 277-8.

⁵⁹⁹ Nas palavras do autor, “*a promise merely to oneself may be popular usage but is nonetheless odd: logically odd because it assumes away the very tension animating a typical promise, that between the intentions declared by one side and the expectations on the other to whom, and in fact for whom, these intentions are declared*” (“Promise, Expectation and Agreement”, p. 193).

⁶⁰⁰ DURANTI, *The Antropology of Intentions*, p. 72.

⁶⁰¹ ROSATI, “The Importance of Self-Promises”, pp. 124 e ss. A autora é da opinião que as auto-promessas servem de elemento fundamental na prossecução dos interesses da autonomia privada. A *vexata quaestio* não recai na incompatibilidade dos intervenientes abstratos serem, em concreto, reconduzidos a um único indivíduo, mas no facto de esta modalidade de promessas permitir a quem promete (e, ao mesmo tempo, a quem beneficia) revogar a todo o tempo a promessa feita, ou seja, extinguir a obrigação, de acordo com a clássica “*promisee release condition*”. ROSATI remata com um retoque à famosa *Simple Theory of Promising* de OWENS, afirmando que as auto-promessas configuram um exemplo de interesses individuais a tomarem uma posição autoritária sobre os próprios indivíduos e não, como propõe OWENS, o interesse autoritário do promissário sobre o promitente.

juridicamente inadmissíveis: alguém promete vender uma coisa e promete comprá-la, ou promete fazer uma obra ao mesmo tempo que se obriga a pagar o respetivo preço. É exatamente aqui que se mostra necessário retomar o problema do negócio consigo mesmo na vertente da atuação em nome próprio, mas por conta de terceiro, no quadro de um mandato sem representação, cuja resolução foi deixada em aberto. Com efeito, importa distinguir o regime jurídico em causa. Se o ordenamento jurídico acolher a tese da transferência imediata, não se verifica, em bom rigor, uma situação auto-promissória – a questão reconduzir-se-á à temática da representação e figuras afins. Contudo, e como sucede no caso português, poder-se-á configurar uma situação de auto-promessa originária nos casos a lei adota a tese da dupla transferência, na medida em que o mandatário assume, *ex lege*, a obrigação de transferir num segundo momento a sua posição negocial, podendo optar por incumprir essa obrigação, incorrendo em responsabilidade obrigacional. Tal situação de equivalência de identidades na relação promissória aquando da celebração do negócio afigura-se como inadmissível na teoria do negócio jurídico. Ela não se confunde, todavia, com a *confusão* – passe a aparente repetição –, uma das causas de extinção da obrigação (artigos 868.º e ss. do CC⁶⁰²) que, conforme veremos em seguida, apenas se aplica a casos de equivalência identitária secundária, ou seja, quando já se constituiu o vínculo obrigacional.

Por conseguinte, quando se verifique uma situação promissória segundo a qual a identidade de sujeitos aconteceu num momento posterior à emergência da obrigação independentemente da sua eficácia e exigibilidade: $(Pt) \Leftrightarrow (Pa)$ em (t_{I+x}) , estamos perante um caso de *auto-promessa derivada*. A sua causa jurídica pode provir de diferentes situações tais como, cessão de crédito, transferência de posição contratual, assunção de dívida, ou mesmo um resultado de uma transferência *mortis causae*. Por razões de simplicidade expositiva, analisarei apenas o primeiro caso, deixando desde já claro que as conclusões que se extrair aplicar-se-ão, *mutatis mutandis* a todos os outros.

⁶⁰² Quanto ao direito italiano, cfr. artigos 1303 e ss. do *codice* (*confusione*).

A mais direta e óbvia resposta para um *civil lawyer* é enquadrar as situações mencionadas numa das causas de extinção das obrigações jurídicas, a *confusão*. Assim, quando a mesma pessoa adquire a qualidade de credor da obrigação contida na promessa e devedor do ato prometido, consideram-se extintos “o crédito e a dívida”. Assumindo que o vínculo obrigacional tem natureza promissória, a lei considera juridicamente inoperantes as situações de auto-promessas derivadas. A confusão não prejudica, todavia, direitos de terceiro (artigo 871.º/1 do CC), ou seja, a eficácia externa do vínculo obrigacional perdurará não obstante os efeitos extintivos da confusão⁶⁰³. Julgo que estes casos demonstram a não extinção da relação promissória (*P*) – que é diferente do vínculo obrigacional nela contido. Não deixa de ser verdade que os efeitos da confusão não se circunscrevem apenas à ineficácia ou a inexigibilidade da obrigação, mas provocam, sem dúvidas, a sua inexistência⁶⁰⁴. Todavia, embora o objeto da promessa (*P*) seja o elo obrigacional estabelecido entre dois sujeitos diferentes, parece resultar do regime legal que quando a mesma afetar, direta ou indiretamente, interesses de terceiros, a promessa manter-se-á existente como fundamento jurídico de tais interesses. Por outras palavras, está-se perante uma situação de promessas existentes sem objeto. Este – o objeto – é uma *conditio sine qua non* da emergência de relações promissórias, mas não é essencial no decorrer da “vida” dessa relação. Neste sentido, os casos paradigmáticos da confusão como causa extintiva da obrigação serão sempre aplicados em casos de auto-promessas derivadas que, por definição, só se verificarão num momento posterior (t_2) ao da constituição do elo obrigacional (t_1):

$(t_1): (Pt) \not\Rightarrow (Pa_1) [(P)(\exists)] \wedge [(P)(e)]$ ⁶⁰⁵;

$(t_{1,5})$: transferência do crédito de (Pa_1) para (Pa_2) ; então, se

⁶⁰³ De acordo com o artigo 871.º/2 do CC, credores pignoratícios e titulares de direitos de usufruto sobre o crédito extinto verão os seus direitos subsistirem à eficácia da confusão.

⁶⁰⁴ Caso contrário seria possível, por exemplo, transferir o direito de crédito (confuso), o que seria totalmente antagónico com regime da extinção das obrigações.

⁶⁰⁵ Este é o exemplo de uma auto-promessa derivada. Por conseguinte, é pressuposto que em (t_1) ou (t_{1-x}), $(Pt) \not\Rightarrow (Pa_2)$.

$$(t_2): (Pt) \Leftrightarrow (Pa_2); [(P)(\exists)] \wedge [(P)(\neg e).]^{606}$$

As auto-promessas derivadas são promessas quase-ficcionais porquanto embora assumindo uma estrutura subjetiva semelhante às auto-promessas originárias, resultam de uma operação legal autónoma ao modelo discursivo característico – neste caso, uma cessão de créditos⁶⁰⁷. Na medida em que a cessão de créditos não exige, regra geral, consentimento do devedor⁶⁰⁸ (para nós, promitente) para que opere, é possível arguir que, uma vez a promessa feita, as situações jurídicas a ela inerentes podem ser desligadas da força ilocutória contida na declaração promissória⁶⁰⁹. Entendo que esta posição é incorreta. Do ponto de vista puramente promissório, qualquer alteração nas identidades subjetivas terá um de dois efeitos: (i) ou a promessa perdura sem objeto, nos termos *supra* referidos, (ii) ou ela se extingue, criando-se uma *nova* promessa com diferentes sujeitos. Este facto parece apontar para a natureza promissória de um acordo de cessão sobre (P), e assim será independentemente da exigibilidade de notificação ou aceitação por parte do devedor⁶¹⁰. Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a notificação ao devedor ou a sua aceitação é uma condição de eficácia da cessão⁶¹¹ – não tem, pois, natureza constitutiva. A isto acresce o facto de o acordo de cessão não

⁶⁰⁶ Em (t_2), (P) existe sem conteúdo.

⁶⁰⁷ O recurso ao exemplo da cessão de créditos tem subjacente uma razão específica. Os ordenamentos jurídicos de *common law*, durante muito tempo, tiveram uma certa relutância em aceitar a operação de *assignment* como válida aos olhos da lei (cfr. POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*, p. 226; CORBIN, *On Contracts*, pp. 783 e ss.) porquanto era difícil de aceitar a ideia de se transferir algo tão *intangível* como um direito de crédito (TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 15, §002). Atualmente, a operação de *assignment* – que, não inclui unicamente cessões de crédito, mas também algumas causas extintivas de obrigações como é o caso da *novatio* – tem sido considerada no âmbito da *common law* como válida e eficaz (especialmente desde o famoso caso *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* (1994) 1 AC 85); a *equity* nunca gerou tal querela (TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 15, §§006 e ss.).

⁶⁰⁸ Salvo indicação legal ou convencional em contrário ou sempre que o crédito esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor (artigo 577.º/1 do CC).

⁶⁰⁹ O mesmo se poderá colocar, inversamente, quanto à assunção de dívida.

⁶¹⁰ Não se confundam os efeitos da não aceitação do devedor quanto à cessão – condição de eficácia da cessão – com a *proibição* convencional da cessão – condição de validade da cessão.

⁶¹¹ Para desenvolvimentos, cfr. MENEZES LEITÃO, *A cessão de créditos*, pp. 359 e ss.

compreender qualquer ato prometido a ser praticado no futuro pelo promissário originário: o ato comunicativo não é um dever jurídico⁶¹².

Resta ainda analisar do ponto de vista da teoria da promessa a chamada *confusão imprópria* que é a situação em que o credor (promissário) ou o devedor (promitente) assume a mesma identidade do garante pessoal. Nos termos do artigo 871.º/3 do CC, “se na mesma pessoa estiverem reunidas as qualidades de devedor e fiador, fica extinta a fiança, exceto se o credor nisso tiver interesse e na medida em que esse interesse se justifique”. Acompanho a doutrina e jurisprudência que interpreta extensivamente este preceito no sentido de incluir igualmente a identidade subjetiva das qualidades de credor e fiador⁶¹³. Cumpre, então, analisar ambas as situações. Antes de mais, é preciso relembrar que os negócios de garantia pessoal podem ter natureza promissória quando o seu objeto for obrigacional e, por conseguinte, a sua função eficiente, uma promessa⁶¹⁴, que está sujeita a uma condição de exigibilidade, se for acessória, ou incondicional, se for autónoma. Neste sentido, quando o promissário da obrigação principal é o promitente da obrigação garantida, a lei extingue o negócio de garantia, independentemente da acessoriedade ou autonomia⁶¹⁵, de modo a evitar uma situação de confusão. Esta solução é perfeitamente perceptível e adequada às linhas estruturantes do direito privado. O mesmo efeito é indicado pela lei quando o promitente da obrigação principal corresponder ao promitente da obrigação garantida. Nesta segunda hipótese, a extinção do negócio funda-se na própria natureza dos negócios de garantia pessoal: é injustificável a vigência de uma promessa com função

⁶¹² MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, pp. 539 e ss.; para o direito inglês, TREITEL, *The Law of Contract*, Cap.15, §§020 e ss.; para o direito alemão, ver §§398 e ss. do BGB e PALANDT, *Kommentare*, pp. 697 e ss.

⁶¹³ Na doutrina, por exemplo, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 1118; na jurisprudência STJ, proc. n.º 05A1247, de 07-06-2005 (FERNANDES MAGALHÃES).

⁶¹⁴ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 559. Procurando estabelecer uma distinção entre promessa e garantia, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 48 e ss.

⁶¹⁵ Esta conclusão deriva da característica *autonomia* da garantia que não é necessariamente *abstrata*. Se a garantia autónoma for munida de abstração negocial, a solução seria inversa àquela que foi acima proposta.

garantística se o seu promitente corresponde, em termos subjetivos, à pessoa do garantido.

2.5.6. O PROBLEMA DA SINCERIDADE

Intenções, mentiras e promessas são ideia conexas. Para FRIED, uma promessa incumprida deve ser considerada uma *mentira*⁶¹⁶. A *sinceridade* implica que aquele que promete, no momento em que a declaração é emitida, deve ter a verdadeira intenção de querer auto-vincular-se, porque pretende cumprir o ato prometido (*promise-keeping*). Nos casos em que a *acceptio* é requerida como condição de eficácia da declaração promissória, a intenção do promissário em adquirir o direito de crédito correlativo ou, na terminologia filosófico-jurídica, o direito a exigir o cumprimento da promessa (*enforcement*), afigura-se, também, essencial. E o mesmo se passa com atos jurídicos reflexos tais como a *ordem*, nos termos da qual o ordenado, quando aceita, deve ter a intenção de ficar obrigado e, por outro lado, o ordenante também deverá ter vontade em adquirir o direito à prestação através de hétero-vinculação⁶¹⁷. O tema da sinceridade reconduz-se a um problema noemático e é, talvez, a questão mais difícil no âmbito da teoria filosófico-jurídica da promessa, transversal a qualquer espaço ou tempo, e que

⁶¹⁶ FRIED, *Contract as Promise*, pp. 9 e ss.

⁶¹⁷ Cfr. no direito alemão que regula especificamente este negócio unilateral obrigacional, §§783 e ss. do BGB; PALANDT, *Kommentare*, pp. 1250 e ss., em especial, p. 1252; BUCK-HEEB, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 1657 e ss.; EMMERICH, *Schuldrecht*, pp. 284 e ss.; para uma perspetiva de direito comparado, SOLOMON, *Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen*.

procura responder às perguntas “por que motivo a promessa obriga?” e “se e como a promessa obriga”?⁶¹⁸

Resumidamente, há três linhas ideológicas⁶¹⁹. Para os apologistas das teses voluntaristas como GROTIUS, PUFENDORF e HOBBS, a sinceridade é o fundamento da obrigação promissória. A promessa é intrínseca ao indivíduo e apenas obriga porque é essa a vontade do promitente. Para os utilitaristas como HUME, ela é uma invenção humana justificada por uma necessidade e interesse social egoísta; é, por um lado, a forma de satisfação do interesse do promitente e, por outro, a maneira de projetar confiança nas relações interpessoais. Finalmente, para os defensores das teses pragmáticas como HART e ATIYAH, esta é uma verdadeira “*non-issue*” pois tudo dependerá das concretas estruturas normativas da sociedade. Para ATIYAH, o elo obrigacional é anterior ao conceito de *promise* e *contract*: a existência de uma obrigação faz pressupor uma promessa e não o contrário⁶²⁰. Aquela não é – necessariamente – uma declaração de intenção, mas é pressuposto que derive de uma declaração volitiva que com ela não se confunde: a declaração de querer constituir um negócio jurídico (*to enter into a transaction*). VON WRIGHT posiciona-se no mesmo sentido, acrescentando que a questão se mostra efetivamente irrelevante porquanto não afeta a eficácia nem tão-pouco a validade da promessa⁶²¹.

Paralelamente, os filósofos da linguagem apresentam ideias relativamente uniformes. As teses de AUSTIN apontam para a validade genérica da promessa insincera, configurando, todavia, um caso especial de promessa abusiva: *unhappy promises*⁶²². Na mesma linha, a sexta condição de SEARLE que é denominada por

⁶¹⁸ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 472 e ss.

⁶¹⁹ Para desenvolvimentos, por todos, ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, pp. 1 e ss. Entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 472 e ss.;

⁶²⁰ ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, apud FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 474.

⁶²¹ VON WRIGHT, “On Promises”, pp. 279, 281, 285.

⁶²² AUSTIN, *How to do things with words*, pp. 39 e ss.; “Performative utterances”, pp. 236 e ss. Para uma breve análise sobre os tipos de “infelicidade” no âmbito da teoria dos *speech acts* de AUSTIN, ÁLVAREZ, “Performance Speech Acts”, pp. 687-8.

condição de felicidade (*felicity condition*) compreende a seguinte formulação: “S tem intenção de fazer A”. A sétima condição prossegue, estabelecendo a diferença entre a promessa e outros atos de fala de força ilocutória: “S tem a intenção de que a enunciação de T irá colocá-lo(-la) sobre a obrigação de praticar A”⁶²³. Mas SEARLE, ao criticar as teses semânticas de H. P. GRICE, em particular quanto aos efeitos perlocutórios da promessa⁶²⁴, é bastante assertivo ao afirmar que “eu prometo” não significa “eu tenho a intenção de...”⁶²⁵.

Embora consiga acompanhar com agrado as teses pragmáticas, discordo da posição de ATIYAH quanto à anterioridade da ideia de obrigação perante o negócio previsto. Julgo que a fronteira que se deve delimitar é entre a “intenção de se obrigar” e a “intenção de praticar o ato prometido”. Como já procurei demonstrar em diversas situações, a intenção de se obrigar é exprimida na declaração promissória (*dp*) que não se confunde negócio onde reside o vínculo obrigacional (*P*), onde a promessa se manifesta como causa eficiente. É uma matéria do processo formativo do negócio promissório e é, de uma perspectiva jurídica, resolvido através das regras interpretativas das declarações negociais. A declaração promissória será interpretada no sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele; sempre que ele conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que a declaração será interpretada (artigo 236.º do CC). As disparidades, intencionais ou não intencionais, entre a vontade real e a vontade hipotética que resultem de uma aplicação das regras hermenêuticas são cuidadosamente tratadas na teoria do negócio jurídico nas figuras da simulação, reserva mental, declarações não

⁶²³ SEARLE, *Speech Acts*, p. 60. “S” corresponde a “*Speaker*”, locutário; “T”, declaração promissória e “A”, ato prometido. JOHN RAWLS, entende que é o que verdadeiramente importa é o facto do *speaker* ter a intenção provocar o conhecimento da obrigação do lado do *hearer*, porquanto aquele não tem controlo sobre a mente deste (RAWLS, *Theory of Justice*, p. 52).

⁶²⁴ H. P. GRICE, “Meaning”, pp. 377 e ss.

⁶²⁵ SEARLE, *Speech Acts*, p. 46.

sérias⁶²⁶, coação física, falta de consciência da declaração e erro⁶²⁷. A *ratio* por detrás do regime jurídico destas figuras é a proteção do declaratório e de terceiros. Por outro lado, é na (falta de) “intenção de praticar o ato prometido” que o problema da sinceridade efetivamente se coloca – *querer* obrigar-se, *não querendo* cumprir.

Entre o jusnaturalismo e o pragmatismo encontra-se o pensamento de REINACH que, nesta sede, um tratamento especial. Em *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, REINACH aproveita o conceito de *ato social* tal como foi desenhado por THOMAS REID⁶²⁸, apresentando, contudo, as suas ideias através de conceções fenomenológicas baseadas numa visão apriorístico-categorica⁶²⁹. Para o autor, a promessa é uma espécie de ato social. Por sua vez, o ato social compreende duas características que o distingue de outro tipo de atos, tais como os atos mentais. Essas características são precisamente a *intencionalidade* e a *espontaneidade*. REINACH qualifica a promessa como *ato espontâneo*; este tipo de atos consagra, como premissa, a existência de um *ato intencional*. Os atos espontâneos podem ter como destinatários objetos ou sujeitos, e dentro desta ultima categoria podem ser direcionados àquele que pratica o ato ou a terceiros (*fremdpersonal*). Assim, ato de prometer (e não, a promessa) compreende tanto uma dimensão interna (noética) como externa e é exatamente essa externalidade que atribui o carácter vinculativo. A dimensão interna (a intenção ou pretensão) é o pressuposto da promessa, sendo esta apenas a obrigação (ou vinculação). Estes dois elementos são, portanto, autónomos. A promessa é uma

⁶²⁶ O §118 do BGB refere que uma declaração negocial (voluntariamente) não séria que é emitida com o intuito de enganar o declaratório não é ferida de invalidade.

⁶²⁷ Nos direitos de *common law*, ver, em especial, AYRES, KLASS, *Insincere Promises*; também TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 9 §§029 e ss.; MCKENDRICK, *Contract Law*, II, pp. 231 e ss.

⁶²⁸ *Essays on the Active Powers of the Human Mind*, publicada em 1843.

⁶²⁹ Embora partindo de bases platónicas, aristotélicas e reidianas, a teoria da promessa de REINACH foi, por um lado inspirada no trabalho do seu professor EDMUND HUSSERL, e, por outro, pelos pensamentos de ANTON MARTY e JOHANNES DAUBERT – cfr. SHUMMAN, SMITH, “An Essay in Daubertian Phenomenology”, pp. 763-93; “Adolf Reinach (1883-1917)”, pp. 3-27; SMITH, “Towards a History of Speech Act Theory, pp. 29-61; “An Essay on Material Necessity”, nota de rodapé 4.

ideia apriorística, ela existe independentemente do enunciado concreto: por isso, não é necessária a sua exteriorização, nem tão-pouco a cognoscibilidade por parte do destinatário o que significa, por sua vez, que não é exigível aceitação da promessa para que o vínculo se constitua. A intenção de praticar o ato prometido, isto é, o cumprimento da promessa, transcende o conteúdo da mesma pois a intencionalidade extravasa a espontaneidade. A visão da promessa como *ato social* e todos fundamentos apriorísticos vigentes na teoria de REINACH contribuíram para perceber a linha delimitadora da moralidade e da juridicidade da promessa, *maxime* no que toca à dimensão noética do ato de prometer.

Toda esta diatribe reconduz-nos ao clássico paradoxo lógico de MOORE (re)descoberto por WITTGENSTEIN⁶³⁰ que pode ser descrito em duas fórmulas proposicionais: no sentido omissivo, “(n) e eu não acredito que (n)”; no sentido comissivo, “(n) e eu acredito em não-(n)”⁶³¹. Na teoria da promessa, o paradoxo de MOORE pode ser concebido, numa primeira linha, da seguinte forma: no sentido omissivo: “prometo e não acredito que prometo”; no sentido comissivo: “prometo e eu acredito que não prometo”. Na sequência do que tem sido referido, tendo em conta que o conceito de promessa assume uma multiplicidade de semânticas, afigura-se necessário fazer ainda uma pequeníssima reformulação destas asserções no sentido de incluir a função eficiente dos negócios promissórios acoplada à prestação debitória. Assim, no sentido omissivo, “obrigo-me a fazer (z) e não acredito que me obrigo a fazer (z)”; no sentido comissivo, “obrigo-me a fazer (z) e eu acredito que não me obrigo a fazer (z)”. Como é facilmente perceptível, todas estas asserções evidenciam a diferença entre a fórmula lógica da conjunção e o seu respetivo conteúdo cognitivo⁶³². E, no que nos preocupa em particular, delas

⁶³⁰ HEAL, “Moore’s Paradox”, pp. 5-24; COLLINS, “Moore’s Paradox and Epistemic Risk”, pp. 308 e ss.; SCHROEDER, “Moore’s Paradox and First-Person Authority”, pp. 161 e ss.; MCGINN, “Wittgenstein and Moore’s Paradox”, pp. 109 e ss. Entre nós, FALCATO, “O paradoxo de Moore”, pp. 1 e ss.

⁶³¹ Atente-se que a utilização da primeira pessoa é fundamental para que o paradoxo se verifique. Tais proposições utilizadas na terceira pessoa ou feitas através de uma conjugação pretérita verbal desfazem o seu carácter *absurdo*.

⁶³² FALCATO, “O paradoxo de Moore”, p. 6.

parece resultar o facto de ser *ilógico* prometer fazer algo quando não se *acredita* que se quer cumprir. Neste âmbito, o verbo “acreditar” (*to believe*) é bem mais amplo do que uma mera crença: é uma convicção firme e séria de um determinado comportamento ou sobre um determinado *status quo*, podendo conter inclusivamente uma característica volitiva (intenção de). Por este motivo, o problema da sinceridade da promessa quando confrontada com o paradoxo de MOORE tem seguido a seguinte formulação: “*prometo (z), mas tenho a intenção de não fazer (z)*”⁶³³.

Penso que o problema promessas insinceras torna-se mais claro quando confrontado com a teoria dos *speech acts*⁶³⁴. Se bem atentarmos no elemento proposicional (*n*), ele terá *inexoravelmente* natureza constativa. Ora vejamos: na frase “está a chover, mas eu acredito que não está a chover”, “(*n*)”, representado por “estar a chover”, não é uma convicção, é uma asserção suscetível de aplicação do teste (*v/f*). Por seu turno, “não-(*n*)” parece indiciar uma asserção subjetiva quanto ao resultado do teste de veracidade (sem prejuízo de conter, ela própria, natureza constativa). Entender o paradoxo de MOORE desta forma revela uma correlação ontologicamente funcional entre as proposições “(*n*)” e “não-(*n*)”, segundo a qual esta manifesta-se como resultado de um processo noemático daquela, *in casu*, o produto do teste de veracidade. Ajustando este problema, SEARLE considera que sempre que o locutário enuncia a frase “está a chover, mas eu acredito que não está a chover”, ele acredita *genuinamente*, no início, que está *realmente* a chover⁶³⁵. Este pequeno ajuste traz consigo um corolário relevante. Se o locutário *acredita* no início que está, de facto, a chover, o que está rigorosamente sujeito à aferição de veracidade não é se realmente chove ou não chove, mas se o locutário acredita que está *realmente* a chover ou não acredita que está *realmente* a chover. E é aqui que, na minha opinião, jaz o fundamento paradoxo de MOORE.

⁶³³ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 481.

⁶³⁴ A este propósito, SEARLE, VANDERVERKEN, “Speech Acts and Illocutionary Logic”, pp. 119 e ss.

⁶³⁵ Para desenvolvimentos, SCHMID, *Moore's Paradox*, pp. 48 e ss.

Transferindo esta questão para o plano da promessa, é preciso relembrar *prima facie* que a sua declaração constitutiva é dotada tanto de performatividade como de constatatividade. A relação entre “prometer (z)” e “não ter a intenção de fazer (z)” também terá de ambas as naturezas em consideração. Nesta situação, de um ponto de vista filosófico-linguístico, é absurdo analisar as proposições “(n)” e “não-(n)” segundo o quadro constatativo porque a relação entre elas remete para a força ilocutória de prometer, e, por conseguinte, para a constituição do elo obrigacional, desembocando na apreciação sob a égide da performatividade. Ora, ficar obrigado a praticar um ato e não querer cumprir esse ato não é equivalente a “(n)” e “não-(n)”, pois “não-(n)” apenas poderá significar “não ficar obrigado a praticar um ato” que é exatamente o caso acima identificado: “obrigo-me a fazer (z) e eu acredito que não me obrigo a fazer (z)”. Aqui, a correlação “(n)” e “não-(n)” reporta-se à vontade de querer ficar obrigado, de querer constituir um negócio jurídico (*to enter into a transaction*). Tal correlação é, sem dúvida, paradoxal, porém não abrange o problema das promessas insinceras. Por outro lado, a formulação típica da insinceridade, “prometer (z)” e “não ter a intenção de fazer (z)” extrapola o fundamento do paradoxo de MOORE por ausência da proposição “não-(n)”. A intenção de praticar o ato prometido é externa à intenção auto-vinculativa – o interesse do promitente é ficar auto-vinculado e não em cumprir o ato prometido. O promitente pode, no decorrer da *vida* da obrigação, decidir afinal que quer cumprir, ou poderá mesmo decidir não cumprir o que prometeu sem que isso resulte uma invalidade ou ineficácia do negócio obrigacional. Isto só demonstra que, perante a intenção de constituir um negócio jurídico com esta natureza, a intencionalidade em cumprir a promessa nele contida é um elemento *volátil*, porque é incerto, e *externo*, porque o seu resultado não afeta a validade e a eficácia do negócio constituído. Pelo exposto, o paradoxo de MOORE não é a chave da resposta ao problema da insinceridade.

Basta uma simples apreciação do clássico modelo da teoria da declaração negocial para se perceber que o Direito lida de forma serena com toda esta

temática. Os ordenamentos jurídicos tendem a adotar, sem reservas, as conclusões – e não tanto os fundamentos – designados pelas teses pragmáticas nas quais se desconsidera a insinceridade puramente psicológica, remetendo-a para um plano puramente ideológico-filosófico. As normas jurídicas aplicáveis na teoria dos atos jurídicos em geral e, na teoria dos atos auto- e hétero-vinculativos em particular, preocupam-se fundamentalmente em balancear os diferentes interesses contrapostos, coincidentes, convergentes ou conjuntos. Na teoria promissória, a lei serve – ou, pelo menos, devia servir – de estrutura ordenadora e estabilizadora dos vários interesses auto-determinativos, auto-normativos (ou auto-regulatórios) e auto-vinculativos e das correlativas expectativas legítimas fundadas na tutela da confiança. Este balanço terá em consideração a afetação destes interesses individuais e coletivos na esfera de terceiros, dentro da *pool* de possibilidades conferidas pela autonomia privada. Consequentemente, só importa regulá-los quando eles são, de alguma forma, exteriorizados. Todos os mecanismos *supra* referidos que regulam as diferenças entre a vontade subjetiva e a vontade declarada, intencional ou não intencional, têm em vista a regulação equitativa desta tensão e compressão de interesses em jogo, tensão e compressão essa que acaba por pender no sentido da proteção do declaratório nos casos de declarações promissórias ou, do promissário, em situações de negócios obrigacionais ou até, em ambos os casos, da proteção de interesses de terceiros. A vontade real é dirimida para um patamar secundário de relevância jurídica em detrimento de uma declaração negocial na qual se identifica uma vontade ficcional. Aquela proteção manifesta-se, por exemplo, na receção das teses objetivistas e da doutrina da impressão do destinatário presente no artigo 236.º/1 do CC⁶³⁶.

Perante este panorama, a questão da sinceridade da promessa coloca-se como uma situação de reserva mental (*mentalis restrictio*). Quando alguém promete, quer obrigar-se, mas sabe que não vai cumprir no momento em que

⁶³⁶ Nem sempre o elemento subjetivo (ou interno) da declaração é totalmente desconsiderado como demonstra, por exemplo, o regime da figura da simulação.

enuncia a declaração promissória (*dp*), emite uma declaração negocial contrária à vontade real com o intuito de enganar terceiro (artigo 244.º/1 do CC)⁶³⁷. A reserva mental não prejudica a validade da declaração promissória, exceto se for conhecida pelo declaratório (artigo 244.º/2 do CC) o que evidencia, uma vez mais, a proteção dos seus interesses sempre que o mesmo seja “enganado”. Esta regra afetará negócios obrigacionais de estruturas discursivas dialogantes ou monologais, e dentro destes, de declarações recetícias e não recetícias⁶³⁸.

É exatamente aqui que se exprime a irrelevância da reserva mental como manifestação das teses pragmáticas da desconsideração da insinceridade promissória⁶³⁹. A solução é estável e pacífica dentro dos juristas de *civil* e *common law*, acompanhando-(n)os há muitos anos⁶⁴⁰. A única observação que merece ser feita tem que ver com o significado da expressão do artigo 244.º/1 do CC, “intuito de enganar”. Ao contrário do que possa parecer, penso que “enganar” não pode, por si só, abranger as situações de promessas insinceras porquanto o não-cumprimento pleno imputável ao devedor não tem, verdadeiramente, caráter enganatório. Ele afigura-se como um dos resultados possíveis da aferição concreta do cumprimento, a par das situações de impossibilidade objetiva, cumprimento parcial e cumprimento defeituoso. Não há qualquer presunção de cumprimento de uma promessa por força da mera enunciação de uma declaração válida e eficaz. O que se verifica é uma ideia de *probabilidade – ou expectativa – de cumprimento*⁶⁴¹.

⁶³⁷ Ao contrário da simulação, na reserva mental não há acordo entre declarante e declaratório: é uma divergência intencional unilateral.

⁶³⁸ Assim também, CAMPOS, FARIA, “Notas sobre a reserva mental”, pp. 289 e ss.

⁶³⁹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 480.

⁶⁴⁰ O §116 do BGB consagra regra semelhante. Cfr. PALANDT, *Kommentare*, p. 92; AHRENS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 116-7. Curiosamente, SAVIGNY, o principal responsável pela construção da teoria da vontade (*die Theorie der Willenserklärung*) aceitou a ideia da irrelevância da reserva mental assumindo um dos seus pontos fracos (SAVIGNY, *System*, p. 258). Nas famílias de *common law* este tópico está ligado a um conceito ligeiramente mais amplo, a *promissory fraud*, seguindo, porém, uma solução semelhante. Cfr. CORBIN, *On Contracts*, §538; *North Ocean Shipping v Hyundai Constructions Co. Ltd.* (“*The Atlantic Baron*”) (1979) Q. B. 705; KLASS, AYRES, “New Rules for Promissory Fraud”, pp. 957 e ss.

⁶⁴¹ KLASS e YRES são da opinião de que os “tribunais devem deixar de insistir na ideia de que qualquer promessa representa uma intenção de cumprimento” (“New Rules for Promissory

Essa expectativa está dirimida na atribuição do direito à prestação e nos mecanismos legais de proteção do credor em sede de inadimplência. Aqui é importante chamar à colação a quinta condição preparatória de SEARLE que tem o seguinte enunciado: “não é óbvio para S e H que S fará A no decurso normal do tempo”⁶⁴²; dito de outra maneira, não é óbvio, tanto para o promitente como para o promissário, que aquele fará o ato prometido – cumprirá a promessa – no decurso normal do tempo. SEARLE demonstra – e bem – que para todas as partes da relação promissória, o cumprimento de uma promessa é um facto futuro e incerto. O que está em causa na insinceridade é o *resultado* concreto quanto ao cumprimento do ato prometido, em particular, quanto aos efeitos produzidos no promissário. Por conseguinte, para se enquadrar o problema da sinceridade na promessa no quadro da *mentalis restrictio* é preciso interpretar extensivamente a expressão “intuito de enganar” no sentido de abranger o conceito de prejuízo – “intuito de prejudicar” – porquanto o não cumprimento da promessa, caso provoque danos suscetíveis de ressarcimento, dará lugar a responsabilidade obrigacional e correspondente obrigação de indemnizar.

Uma situação paralela pode ser descrita na situação em que a declaração promissória é considerada *happy* em (t_1) ou seja, o declarante tem intenção de cumprir a promessa no momento da emissão da declaração e da constituição do negócio previsto, mas antes do cumprimento, em (t_2), ela torna-se *unhappy*: alguém promete fazer (z), quer cumprir a obrigação aquando da constituição do negócio, mas antes do cumprimento arrepende-se da promessa e já não a deseja cumprir. Outra variante é aquela em que o promitente *quer* (tem intenção de) praticar o ato prometido em (t_1) mas sabe, *ab initio*, que não o fará em (t_2): por exemplo, alguém quer pagar €1000, mas sabe que a sua conta bancária está a zeros;

Fraud”, p. 958). Neste artigo, os autores pretendem construir um novo conceito chamado “*prestatement*”, que representa um *approach* norte-americano das *ways of action* resultantes da *promissory fraud* de acordo com os fundamentos dogmáticos do segundo *Restatement of the Law of Contracts*.

⁶⁴² SEARLE, *Speech Acts*, pp. 59-60.

ou promete estar num determinado lugar, porque assim deseja, sabendo que, por circunstâncias externas que não tem controlo, estará noutra local. Nestes casos, se não há exteriorização do não cumprimento – *rectius*: da evidência da inadimplência – aquando da emissão da declaração, tal facto torna-se irrelevante nos termos gerais, ou seja, o promissário é protegido. Mas se, no decorrer da *vida* da promessa, o promitente expressa que não vai cumprir (declaração antecipada de não cumprimento), a lei concede diversos mecanismos ao credor, a depender da situação concreta. Ele não tem de esperar pelo vencimento da obrigação – caso ainda não tenha ocorrido – não tem de demonstrar a perda de interesse na prestação do devedor, não tem de proceder à interpelação admonitória⁶⁴³. A promessa (obrigação) tem-se logo por não cumprida o que traz consigo todas as consequências legais inerentes, desde a resolução, à execução específica, sem prejuízo da responsabilidade obrigacional.

O primeiro caso – resolução – só se coloca nas situações contratuais bilaterais, onde o desequilíbrio funcional entre as prestações devedoras não

⁶⁴³ STJ, proc. n.º 25/09TBVCT.G1.S1, de 10-01-2012, (rel: MARTINS DE SOUSA). FERREIRA DE ALMEIDA, “Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento”, pp. 291 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, “A hipótese da declaração (*latu sensu*) antecipada de incumprimento por parte do devedor”, pp. 369 e ss. Em Itália, “*dichiarazione di non voler adempiere*” (cfr. artigo 1186 do *codice*; FRAGALI, “La dichiarazione anticipata”, pp. 249 e ss.). Nas famílias de *common law* este conceito é denominado por “*anticipatory breach*” (ver TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 17, §§073 e ss.; ROBERTSON, “The Doctrine of Anticipatory Breach”, pp. 119 e ss.), termo também conhecido no direito norte-americano como “*anticipatory repudiation*” ou “*repudiation breach*” (cfr. CORBIN, *On Contracts*, §§959 e ss.; como nota histórica LIMBURG, “Anticipatory Repudiation of Contracts”, pp. 119 e ss.). O promissário não tem de esperar pelo actual incumprimento para fazer uso dos “remédios” atribuídos pela lei – *termination* ou *specific performance* (GILLIES, *Contract Law*, p. 223). O direito alemão também considera que o credor tem o direito à resolução do contrato quando seja manifesto que a obrigação não será cumprida – independentemente da causa do não cumprimento (*Rücktritt vor Fälligkeit*) (artigo §323, n.º 4 do BGB; PALANDT, *Kommentare*, pp. 543-7; STÜRNER, MEDICUS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 631-6, §23). Na Alemanha, a declaração antecipada de incumprimento dá direito a resolução contratual ainda que verse sobre incumprimento parcial, ao contrário do que sucede no direito inglês onde a *anticipatory breach* tem de reportar a *todo* o conteúdo da *promise* (MARKESINIS, *et al.*, *The German Law of Contract*, pp. 430-1; *The Afolos* [1983] 1 WLR 195). O caso *Hochster v. De la Tour* (1853) 2 E&B 678, fez emergir a regra segundo a qual a mera aceitação por parte do credor quanto à declaração antecipada de não cumprimento lhe confere automaticamente direitos indemnizatórios como se de uma *actual breach* (e não *threatened breach*) se tratasse. Este entendimento tem sido sujeito a algumas críticas doutrinárias por ser manifestamente difícil quantificar o dano.

justifica a continuação do negócio⁶⁴⁴. A lei presume que não há interesse em manter uma obrigação promissória quando o devedor demonstre intenção de não cumprir. Não provoca, *ex lege*, a extinção da promessa, apenas atribui a faculdade ao credor de optar por tal efeito. É, portanto, uma solução protetora do credor (beneficiário) tal como também é o segundo caso (execução específica). Neste, a lei considera que uma promessa é válida e eficaz mesmo nas situações em que a intenção do promitente é a de não cumprir o ato prometido. Sem prejuízo dessa intenção, o promissário tem a faculdade de requerer em execução a entrega de coisa determinada (artigo 827.º do CC); se o ato prometido consistir num facto fungível, ele pode requerer que o mesmo seja prestado por terceiro à custa do promitente (artigo 828.º do CC); se esse ato consubstanciar um facto negativo, tendo o devedor feito algo no sentido reflexamente positivo, pode exigir a demolição da obra ou extinção do ato praticado (artigo 829.º do CC); o promissário também tem pode requerer, no âmbito da execução específica do contrato-promessa, que o tribunal de substitua à pessoa promitente e emita a declaração negocial tendente à constituição do negócio prometido (artigo 830.º do CC)⁶⁴⁵. Em ambos os casos – resolução e execução específica – torna-se evidente que a intencionalidade quanto à insinceridade apenas releva sempre que *exteriorizada* e para efeitos de *proteção do promissário*.

De igual modo, mas agora no sentido da proteção do declaratário, é possível identificar situações de divergência intencional denominadas por “fraude promissória” (*promissory fraud*), nos termos das quais o promitente pretende criar um determinado *state of affairs* do lado do promissário de modo a obter a aceitação ou adesão da promessa. É um caso de reajustes feitos pelo promitente, para seu benefício, sobre o *by saying* (efeito perlocutório) intrínseco à declaração promissória. Isto joga também, reflexamente, na busca, do lado do promissário, da

⁶⁴⁴ Aplicando-se, *mutatis mutandis*, o artigo 801.º/2 do CC.

⁶⁴⁵ Para as famílias de *common law*, MCKENDRICK, *Contract Law*, I, pp. 925 e ss.; JONES, GOODHART, *Specific Performance*.

elaboração de uma determinada promessa pela contraparte. O ordenamento jurídico português, a par da tradição romano-germânica, distingue entre as sugestões ou artifícios que são considerados usuais e legítimos segundo as conceções dominantes no comércio jurídico daquelas que não são (artigo 253.º do CC). As consequências no que toca a cada uma das situações são diversas (*dolus bonus*, *dolus malus*)⁶⁴⁶. Na mesma senda, e após os contributos filosóficos de HARRY FRANKFURT, têm-se vindo a discutir nos palcos das famílias de *common law*, um conceito profundamente vanguardista, ligeiramente provocador, porém particularmente interessante: a chamada “*bullshit promise*”⁶⁴⁷. FRANKFURT pretende demonstrar que a sociedade atual está contaminada de *bullshit promises* que não se confundem com promessas mentirosas. Com efeito, enquanto que nestas, aquele que mente projeta no alocutário uma falsa convicção, naquelas, a questão da verdade ou falsidade concreta é alheia ao *bullshitter* – aquele que engana através de *bullshit promises*⁶⁴⁸.

Em conclusão, é bastante perceptível o *approach* feito pelo ordenamento jurídico que apenas considera a promessa não sincera sempre que, da insinceridade se frustrem direitos adquiridos pela contraparte – e não meras expectativas – ou por terceiros. Ao invés de construir uma resposta à questão de saber por que motivo a promessa insincera obriga, a lei opta – e bem – por regular os perigos externos que possam advir da divergência entre a vontade real (momentânea e exteriorizada) e a vontade declarada.

⁶⁴⁶ Cfr., por exemplo, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, pp. 531 e ss. FERREIRA DE ALMEIDA sustenta a ideia de que com o advento do Direito do Consumo dirimiui o âmbito de aplicação das situações previstas pelo artigo 253.º/2 do CC (*Os Direitos dos Consumidores*, p. 182).

⁶⁴⁷ FRANKFURT, *On Bullshit*, pp. 81 e ss. O vocábulo “*bullshit*” é, neste contexto, intraduzível. Também se utilizam, nesta sede, outros termos menos *expressivos* tais como “*pseudo promises*”.

⁶⁴⁸ Esta temática espoletou inúmeras discussões na doutrina jurídica, em particular no que toca à questão da *promissory fraud*. A este propósito, cfr. BRIDGEMAN e SANDRIK, “*Bullshit Promises*”, p. 1.

2.6. O ATO PROMETIDO

2.6.1. GENERALIDADES

O problema da sinceridade da promessa faz a ponte entre os elementos subjetivos e os elementos objetivos do conceito. Chegou o momento de tratar dos elementos objetivos. Uma promessa não pode ser considerada *uma promessa* sem a presença do ato prometido que representa o objeto mediato da obrigação. Este ato é, por sua vez, o conteúdo da prestação debitória, prestação essa que se configura como o objeto imediato da obrigação promissória⁶⁴⁹.

Decalcam-se as tradicionais classificações: prestações de coisa e de facto, fungíveis e infungíveis, instantâneas e duradouras, determinadas e indeterminadas, (obrigações) de meios e de resultado. Adicionalmente, seguem-se genericamente os entendimentos maioritários no que respeita às características da obrigação – patrimonialidade, relatividade, autonomia, entre outras – e ao objeto da obrigação – possibilidade física e legal, licitude, não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes e determinabilidade.

A matéria da natureza e do conteúdo da prestação debitória implica, por si só, um tratamento adequado num estudo autónomo, dadas todas as complexidades inerentes ao conceito de prestação. Por motivos estruturais do desenho argumentativo da presente dissertação, não será possível olhar com todo o detalhe para essa temática. Por conseguinte, e na esteira do que tenho procurado fazer neste Capítulo, debruçar-me-ei apenas sobre a análise ao ato prometido no quadro do ora proposto modelo filosófico-jurídico da figura da promessa. Terei particular atenção a todas as questões conexas que podem suscitar alguma confusão quando acareadas com as já bem sedimentadas teorias promissórias para-jurídicas.

⁶⁴⁹ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 151; ver também, VAZ SERRA, “Objecto da obrigação”, pp. 15 e ss.;

2.6.2. ATOS POSITIVOS E ATOS NEGATIVOS

Estatisticamente, a larga maioria dos atos prometidos – simbolicamente denominados por (z) – consiste em atos positivos nos termos dos quais o promitente *faz algo* (*to perform something*): entregar um objeto, estar num determinado local, fazer uma obra, prestar um serviço, tomar as medidas necessárias ou fazer os melhores esforços para que uma situação se verifique, entre muitos outros. Estas situações evoluem, de alguma forma, algo físico, mas também podem envolver a prática de atos jurídicos – que, por sua vez, terão necessariamente de ser *praticados*: ordenar uma transferência bancária, extinguir uma obrigação, fazer cessar um acordo, etc.

Também incluo a possibilidade de (z) consistir na enunciação de uma outra declaração promissória, naturalmente, com um diferente objeto⁶⁵⁰. Com os devidos limites impostos pela lei e pela doutrina, é o caso clássico do contrato-promessa (artigos 410.º e ss.), segundo o qual o(s) promitente(s) – a depender se tem natureza unilateral (artigo 411.º do CC) – assume a obrigação de emitir uma declaração negocial⁶⁵¹. A formulação será a seguinte: “eu prometo fazer uma promessa” ou “eu prometo prometer”. Para os juristas, a ideia subjacente ao contrato-promessa e outros acordos preliminares de natureza obrigacional não levanta grandes problemas teóricos⁶⁵². No mesmo sentido, os filósofos e os linguistas não se pronunciam quanto à impossibilidade de o ato prometido consubstanciar uma declaração promissória.

⁶⁵⁰ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 129.

⁶⁵¹ Sobre o tema, por todos e entre nós, sob a vigência do Código de SEABRA, MIGUEL GALVÃO TELES, *Obrigações de emitir declaração negocial*; e do atual Código Civil, ANA PRATA *Contrato-Promessa*.

⁶⁵² Quanto à admissibilidade e ao fundamento, MIGUEL GALVÃO TELES, *Obrigações de emitir declaração negocial*, pp. 37 e ss.

Por outro lado, embora menos comuns⁶⁵³, também não há qualquer impedimento que o ato prometido seja um não-ato ou seja, uma prestação de facto negativo que, segundo a jurisprudência, são caracteristicamente prestações infungíveis⁶⁵⁴: se forem prestações de *non faccere* reportam-se à não realização de uma conduta pelo promitente (“prometo que não celebrarei certo acordo”, “prometo que não estarei em determinado local”, “prometo não fazer um certo ato material”, “prometo não adquirir ou alienar um determinado direito”); se forem prestação de *pati* (obrigação de *deixar fazer*) reportam-se à tolerância de uma conduta por terceiro (“prometo não interferir em...”) ⁶⁵⁵.

2.6.3. ATO PROMETIDO COMO ATO PESSOAL

O integral e adequado cumprimento da obrigação dará lugar, em princípio, à satisfação do interesse do beneficiário da promessa, resultando na extinção da relação promissória⁶⁵⁶. Regra geral, o ato prometido deverá ser praticado por quem prometeu, ou seja, pelo promitente. É, como indica STOLJAR, um “ato pessoal⁶⁵⁷”.

⁶⁵³ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 696.

⁶⁵⁴ Assim também, TRP, proc. n.º 0833700, de 16-10-2008 (DEOLINDA VARÃO).

⁶⁵⁵ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 128-9. Cfr. TRL, proc. n.º 10878/2005-7, de 14-02-2006 (PIMENTEL MARCOS), que considera que o franquizador se obriga suportar a utilização do seu o seu nome, a sua insígnia ou marca por parte do franquiado. Aqui verifica-se um *implied term* cujo conteúdo é uma prestação de facto negativo na modalidade de prestação de *pati*. Esta distinção feita pela doutrina e jurisprudência afigura-se (na minha opinião) infeliz porque as prestações de *pati* envolvem sempre a abstenção de *todos* os atos de possam contrariar a conduta prevista e “prometidamente” tolerada. Reportam-se, portando, a um agrupar de prestações de *non faccere* com um determinado escopo.

⁶⁵⁶ Isto não significa, necessariamente, a extinção do negócio obrigacional. Assim será nos modelos-padrão de negócios unilaterais obrigacionais; nos demais, o cumprimento da obrigação apenas tem como efeito a sua extinção. As teses que defendem a obrigação como uma estrutura complexa – que inclui situações jurídicas substantivas e processuais – pretendem explicar que todas as situações jurídicas que extravasam a obrigação (*stricto sensu*) e o direito de crédito correlativo fundam-se num único objetivo que é, nas palavras de PESSOA JORGE, “proporcionar ao credor a satisfação das utilidades através da realização de uma conduta do devedor” (*Obrigações*, p. 124.).

⁶⁵⁷ STOLJAR, “Promise, Expectation and Agreement”, p. 195.

E é exatamente um ato *pessoal* porque o vínculo obrigacional liga o promitente à prestação devida. Todavia, o ordenamento jurídico permite que o cumprimento da obrigação promissória seja prestado por um terceiro, *estranho*⁶⁵⁸ à promessa. Esta possibilidade que se encontra no sistema jurídico é alheia às teorias clássicas da promessa, merecendo, nesse sentido, uma especial atenção.

É pacificamente aceite que o cumprimento de uma obrigação que derive de uma promessa possa ser efetuado por um terceiro – que não se confunde com o representante legal ou voluntário – interessado ou não no cumprimento (artigo 767.º/1 do CC)⁶⁵⁹. Não é necessário o consentimento do credor para que o cumprimento possa operar; caso recuse receber a prestação quando esta puder ser efetuada por terceiro, incorre em mora do credor (artigo 768.º/1 do CC). A hipótese de cumprimento por terceiro não configura um caso excecional. A tese da irrelevância subjetiva do cumprimento é perfeitamente justificável. A não ser que se trate de uma prestação fungível, o interesse do beneficiário manifestado no cumprimento da obrigação promissória transcende a pessoalidade concreta. Por seu turno, na medida em que não há conexão noético-jurídica entre a

⁶⁵⁸ PALANDT, *Kommentare*, p. 344.

⁶⁵⁹ GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 230 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 999 e ss.; no mesmo sentido aponta o direito alemão no §267 do BGB (cfr. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 176 e ss.; ZÖCHLING-JUD, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 434-5; para desenvolvimentos, MARKESINIS, *et al.*, *The German Law of Contract*, pp. 361 e ss.). Por sua vez, o artigo 1180 do *codice* – que tem subjacente a doutrina italiana da unilateralidade negocial do ato de cumprimento – indica que os casos de cumprimento de terceiro podem ser efetuados contra a vontade do credor nas situações em que não haja interesse por parte do devedor em cumprir pessoalmente (cfr. GALGANO, *Trattato*, pp. 38 e ss.; NOBILI, *Le obbligazioni*, pp. 53 e ss.; AAVV, *Diritto civile*, pp. 152 e ss.). Nos ordenamentos jurídicos de *common law*, o cumprimento por terceiro ou por conta de outrem, conhecido por *vicarious performance* também é admitido sempre que haja aquiescência do credor – cfr. *Hirachand Punamchand v. Temple* [1919] 2 KB 330; *Customs & Exercise Commissioners v. National Westminster Bank Plc* [2002] EWHC 2204; [2003] 1 All ER (Comm) 327. O credor não pode recusar o cumprimento da obrigação por terceiro sempre que este facto não lhe cause prejuízo – cfr. *British Waggon Co. v. Lea & Co* (1880) 5 QBD 149. Este poderá recusar a prestação em duas situações: (i) quando a prestação for infungível – o desconhecimento desta classificação nos direitos anglo-americanos leva as fontes mediatas a complicadas elucubrações sobre o carácter “*personal*” do contrato (para desenvolvimentos, TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 17, §10) e; (ii) sempre que for estipulado pelas partes que a prestação apenas poderá ser feita pelo devedor. Tal regra pode ser extraída de um *express* como de um *implied term* como bem demonstra o caso *Davies v. Collins* [1945] 1 All ER 247.

intencionalidade auto-vinculativa e a vontade (pessoal) de praticar o ato prometido – sem prejuízo das *condições de felicidade* acima abordadas – não há qualquer motivo que justifique que o cumprimento de uma promessa seja feito impreterivelmente pelo promitente porquanto o *interesse* deste estará, pelo menos indiretamente, consumido na própria satisfação do credor.

A possibilidade da prestação feita por terceiro não deve ser vista como um desvio às teorias tradicionais da promessa. O terceiro não é devedor da obrigação e, portanto, não responde pelo não ou mau cumprimento. Neste sentido, se em (t_1), perante (B), (A) diz “eu prometo fazer (z)” e em (t_2), é (D) quem cumpre, por conta de (A), não se verifica qualquer modificação no conteúdo da declaração promissória. É errado assumir que se dá uma alteração subjetiva no que diz respeito à pessoa do promitente: não se opera qualquer assunção de dívida por parte de (D)⁶⁶⁰. O ato prometido apresenta-se, consequentemente, como um ato de natureza *pessoal*.

A inalterabilidade da declaração promissória nos casos de prestação feita por terceiro não pode ser vista no sentido “eu prometo que ela te paga”. Estas declarações devem ser tratadas com algum cuidado. Quando se diz “eu prometo que outra pessoa fará (z)” não se está realmente a *prometer* que alguém praticará um determinado ato porque não há auto-vinculação de ato de terceiro. Para além disso, não se está perante um caso de hétero-vinculação porque, à partida, não se encontra qualquer fundamento jurídico para que tal possa acontecer (a menos que

⁶⁶⁰ No direito inglês, por força das teses dos “contratos pessoais” (*personal contracts*), não deixa de ser interessante verificar que certos fundamentos da operação de *assignment* – *hic* no sentido de transferência de *liabilities* – se aplicam aos casos de *vicarious performance*, sem prejuízo de serem situações juridicamente diferentes como bem demonstra o famoso caso *Stewart v. Reavell's Garage* [1952] 2 QB 545. Neste caso, um Bentley de 1929 foi levado a uma oficina porque os seus travões falhavam. Os funcionários da oficina sugeriram que o serviço deveria ser prestado por uma pessoa por eles sub-contratada, sugestão essa que foi aceite pelo proprietário do automóvel. O serviço prestado não resolveu o problema, os travões voltaram a falhar e o dono do Bentley ficou gravemente ferido. Em pleito, a oficina tentou demonstrar que esta operação resultou numa transferência de responsabilidade dos funcionários da oficina para a pessoa sub-contratada. O tribunal entendeu que se tratava de um caso de prestação feita por terceiro, consentida pelo credor, e que não tinha como efeito a assunção de qualquer obrigação por parte do sub-contratado, pelo menos nas relações com o dono do automóvel.

o devedor pré-consinta). De qualquer forma, a formulação hétero-vinculativa nunca poderia ser feita na primeira pessoa, mas sim (nesta situação concreta) na terceira. Adicionalmente, ainda se pode olhar para este tipo de declarações numa perspetiva garantística: “eu *garanto* que ela pagará” ou “eu *garanto* que a outra pessoa fará (z)”. O promitente não conseguirá assegurar que a outra pessoa executará a prestação devida; quanto muito ele poderá *apostar* no resultado concreto – cumprimento ou não cumprimento. A existir promessa, ela não reside no cumprimento de terceiro do ato (por ele) prometido, mas na garantia de que, se o terceiro for inadimplente, o declarante-promitente se vincula a cumprir. Este é o clássico modelo da garantia pessoal. Finalmente, outra possibilidade interpretativa é a de considerar a frase “eu prometo que ela te paga” no sentido de “eu prometo que *farei todos os possíveis* para que ela te pague” – promessa que tem como objeto uma obrigação de meios⁶⁶¹.

2.6.4. ATO PROMETIDO COMO ATO FUTURO E INCERTO

A ocorrência ato prometido é um ato futuro e incerto tal como incerto é o cumprimento de uma obrigação promissória.

A característica da *futuridade* significa que não se podem prometer atos passados⁶⁶². Tal conclusão aparentemente *la paliciana* contempla corolários relevantes no que toca ao uso comum da ideia de promessa. Em pleito é habitual ouvir-se frases como “eu *prometo* que não o matei” ou “eu *juro* que fiz o pagamento a tempo e horas”. Tais declarações não são promessas porque falta-lhes o elemento objetivo – o *ato prometido* – e não têm natureza performativa – são

⁶⁶¹ ANTUNES VARELA chega mesmo a utilizar a palavra “promessa” quando descreve situações de prestação de facto de terceiro, referindo que “a promessa de facto terceiro reconduz-se, por conseguinte, a uma verdadeira *promessa de facto próprio*: conseguir o obrigado a prestação do facto de terceiro (ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 86). Este é um problema de obrigação de meios como bem indica o jurista, e que não se confunde com o cumprimento feito por terceiro.

⁶⁶² A segunda condição de SEARLE indica que, ao expressar a promessa, o *speaker* prevê um ato futuro que será por si praticado (SEARLE, *Speech Acts*, pp. 57-8).

auto e hétero-constatativas – versando sobre realidades fáticas sujeitas ao nosso já conhecido teste (v/f). É ou não é verdade que o declarante matou? É ou não é verdade que o declarante efetuou o pagamento a tempo e horas? Estas declarações reconduzem-se a *garantias* (em sentido lato) sobre uma determinada realidade concreta, qualificadas como “verdade” ou “mentira”. Da mesma forma, e com duas pequenas exceções, as *reps and warranties*, cláusulas muito frequentes nos contratos comerciais, também não compreendem – por si só – declarações promissórias⁶⁶³. As *reps* são declarações de ciência, por conseguinte, hétero-constatativas. Quanto às *warranties* é preciso distinguir se são *garantias* (*assurances*) de um facto passado ou futuro⁶⁶⁴. No primeiro caso, deverão ser tratadas como *reps*. No segundo, torna-se necessário fazer uma outra distinção: se o seu objeto for a prática de um ato futuro por parte do declarante, então são verdadeiras promessas; mas se nelas não se prevê a prática de um ato próprio, mas a projeção da verificação de um determinado *status quo*, devem ser consideradas como meras *apostas* (*predictions*)⁶⁶⁵. As apostas poderão igualmente conter uma promessa que se repercute, por exemplo, na obrigação – sob condição suspensiva – de pagamento de uma quantia caso o evento não se venha a verificar. E no âmbito

⁶⁶³ Nas famílias de *common law* também se estabelece uma diferença entre o conceito de *condition* e *warranty*: enquanto o primeiro é de tal forma vital que dá lugar à resolução, o segundo apenas provocará no declarante a obrigação de indemnizar a contraparte por prejuízos que a falsidade possa ter causado (COYLE, *Bank Finance*, p. 8; sobre a matéria da *misrepresentation* em geral, TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 9; MCKENDRICK, *Contract Law*, I, cap. 17).

⁶⁶⁴ STOLJAR considera que o conceito de *warranty* abrangerá tanto factos passados, como presentes e futuros (“Promise, Expectation and Agreement”, p. 197). ATIYAH reforça a ideia de que este conceito compreende uma multiplicidade de significados jurídicos (*Promises, Morals and Law*, p. 161); ver também, para uma perspetiva contrastante com o conceito de promessa, HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 48-50.

⁶⁶⁵ Na tradição negocial romano-germânica este tipo de representações está, na maior parte das vezes, contido nos considerandos iniciais. Já nos ordenamentos de *common law* fazem parte do clausulado. A internacionalização das práticas contratuais ao nível do direito comercial tem vindo a evidenciar uma certa preferência pelas partes pelo segundo modelo. Resumidamente, estas cláusulas têm como objetivos, *inter alia*, (i) a extração de informação relevante para efeitos de motivos determinantes da vontade; (ii) a criação de justificação expressa quanto a certas questões contratuais – por exemplo, determinação do preço, identificação de deveres acessórios e prestação de garantias; (iii) facilitar meios de prova; e (iv) regular questões de responsabilidade obrigacional.

das *reps* e *warranties* meramente constatativas também se extrairá promessas de indemnização por danos causados como resultado da aferição negativa da veracidade concreta: “caso as declarações não correspondam à verdade material, prometo pagar (z)” (cláusula penal) ou simplesmente “...respondo pelos prejuízos causados”. Um caso ainda mais complexo resulta daquele em que se cria uma obrigação promissória na qual o ato prometido corresponde a uma declaração futura hétero-constatativa. Vejamos novamente a declaração “eu prometo que não o matei” e comparemo-la com esta “eu prometo que vou dizer a verdade: eu não o matei”. Sem prejuízo do que se dirá adiante quanto ao reforço de obrigações pré-existentes, enquanto que na primeira se afirma como verdadeiro um determinado *status quo*, já na segunda o declarante *se obriga* – no futuro, que pode ser imediato⁶⁶⁶ – a dizer alguma coisa que seja, outrossim, *verdadeira*⁶⁶⁷. Só esta segunda declaração – que, em bom rigor, compreende duas frases de efeitos distintos – consagra uma promessa pelo facto de existir um ato *futuro* a ser praticado pelo promitente: dizer a verdade.

No que diz respeito ao elemento *incerteza*, cumpre mencionar que o mesmo já foi tratado *en passant* aquando da análise ao problema da sinceridade, *maxime* no que toca à abordagem da quinta condição preparatória de SEARLE⁶⁶⁸. Como foi aí referido, haverá sempre a possibilidade de o cumprimento da obrigação promissória nunca se verificar, seja por uma razão imputável ao promitente, seja por um motivo a este alheio. A incerteza quanto ao cumprimento do ato prometido

⁶⁶⁶ Na minha opinião, o presente é o futuro imediato. Contrariamente, HOGG entende que uma promessa não pode ser feita quando o ato prometido é imediato – ou concomitante – ao ato enunciativo (HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 22-3). Neste sentido, o elemento *futuridade* provoca uma certa inquietação nas teorias contratuais baseadas na ideia da promessa que são típicas dos ordenamentos jurídicos de *common law* porque não resolvem o problema de saber onde está a promessa em contratos de troca, nos termos dos quais os efeitos pretendidos são instantâneos.

⁶⁶⁷ Assim também, embora com algumas *nuances*, STOLJAR, “Promise, Expectation and Agreement”, pp. 197 e ss.

⁶⁶⁸ SEARLE, *Speech Acts*, pp. 59-60.

não deve ser confundida com a incerteza quanto ao facto futuro e incerto que confere eficácia a uma obrigação promissória (condição suspensiva).

Esta característica está estritamente ligada ao tema do reforço obrigacional que é descrito como o problema da validade de promessas cujo ato prometido jaz, na esfera do promitente, como prestação debitória proveniente de outra fonte: a promessa *de outra e sobre outra* promessa. Nestes casos, há identidade de sujeitos, de objeto, de motivos, de circunstâncias e funções (identidade plena). Com exceção de algumas vozes minoritárias como é o caso de VON WRIGHT⁶⁶⁹, o entendimento generalizado na filosofia é o de que o reforço de promessas – *rectius*: o reforço obrigacional por via de declarações promissórias – não constituem *novas* promessas, mas apenas repetição ou confirmação de uma obrigação; não têm, por isso, eficácia constitutiva. Para os juristas, o problema é paralelo: é o de saber qual o fundamento da obrigatoriedade da promessa de reforço. Em primeiro lugar, tudo dependerá da interpretação da declaração. Assumindo que a identidade plena se projeta no âmbito de interesses equivalentes, é preciso tomar em consideração a natureza do negócio e a sua relação com a obrigação pré-existente. À partida, não há qualquer justificação para se atribuir validade eficaz jurídica às promessas de identidade plena. Seria manifestamente não-equitativo e juridicamente absurdo conceder a possibilidade de mesma regulação de interesses ser objeto de uma multiplicidade de vínculos obrigacionais, cada um fazendo emergir uma obrigação de indemnização autónoma. Porém, se a declaração promissória for dotada de autonomia e abstração através de incorporação num título de crédito como uma livrança, perdem-se alguns elementos da identidade plena – pelo menos, o motivo e a função – conferindo-se validade e eficácia ao reforço promissório.

No âmbito de reforço de deveres *ex lege*, as conclusões são idênticas com a pequena nota que não são rigorosamente reforços de promessas, mas promessas de prática de atos aos quais recai sobre o promitente um prévio dever de conduta. Nas relações jurídico-sociais encontram-se alguns casos desta espécie que representam

⁶⁶⁹ “On promises”, p. 286.

apenas um simples formalismo que relembra os antigos conceitos de *honra* e *valor da palavra dada* no quadro da ideia de promessa. Uma testemunha dirá “prometo dizer a verdade”; o Presidente da República, “prometo que cumprirei os meus deveres constitucionais”; uma *pré-declaração*⁶⁷⁰ anti-plágio terá o seguinte enunciado “prometo que tudo o que escreverei é da minha inteira autoria com exceção de alguns aspetos que serão devidamente assinalados”. Ora, tanto o dever de dizer a verdade em pleito, o dever de cumprir os comandos constitucionais e o dever de não plagiar são deveres jurídicos anteriores e *autónomos* face às declarações aparentemente promissórias. Tais declarações não fazem emergir uma *nova* promessa com conteúdo idêntico àquele que foi estabelecido pelo dever legal nem tão-pouco afetam esse dever de alguma forma⁶⁷¹.

Finalmente, é preciso mencionar que uma promessa de uma promessa (ou uma promessa sobre uma promessa) não deve ser confundida com uma promessa de cumprir uma promessa (ou uma promessa de cumprir uma obrigação pré-existente). Na minha opinião, há uma pequena, porém muito interessante diferença. A primeira situação – promessa de uma promessa – é uma mera repetição de um enunciado negocial promissório já eficaz no qual se verifica identidade plena que se evidencia também na identidade do ato prometido:

(t_1): “prometo pagar-te (z_1)”

(t_2): “não te preocupes, eu pago-te (z_2);

sendo que (z_1) \Leftrightarrow (z_2).

Na promessa de cumprir uma obrigação pré-existente, o ato prometido (z_2) não corresponde ao ato de pagamento (z_1), mas ao cumprimento de tal obrigação. O cumprimento como objeto do ato promissório é um ponto delicado que será

⁶⁷⁰ Só as *pré-declarações* anti-plágio tem uma estrutura aparente de promessas porque se reportam à prática de um ato futuro. Porque são feitas como representação de factos passados, as típicas declarações anti-plágio (apenas) têm natureza auto e hétero-constatativa.

⁶⁷¹ Note-se que esta conclusão apenas se aplica no sistema jurídico. Do ponto de vista moral, há lugar a uma emergência obrigacional porquanto os deveres que derivam diretamente da lei, na medida em que têm subjacente fundamentos dogmáticos específicos numa linguagem que lhe é característica, são intangíveis noutras ordens.

adiante tratado adequadamente aquando da análise à figura da promessa de cumprimento⁶⁷². Aqui, ao contrário do primeiro caso, não há correspondência entre os atos prometidos:

(t_1): “prometo pagar-te (z_1)”

(t_2): “não te preocupes, eu prometo cumprir o prometido;

então, (z_1) \nleftrightarrow (z_2).

2.6.5. ATO PROMETIDO COMO ATO DESEJADO

Procurei demonstrar na análise aos intervenientes da relação promissória que a existência de uma promessa implica necessariamente a existência de um promitente e um beneficiário [$\exists(P) \rightarrow (Pt) \wedge (Be)$]. Este último será sempre promissário (Pa) para efeitos gerais; só quando se trate de uma relação tripartida, como sucede no exemplo do contrato a favor de terceiro, é a que a diferenciação – na minha opinião, meramente “aparente” – entre as qualidades de (Pa) e (Be), assume importância. A existência de um beneficiário evidencia logicamente que o ato prometido tem de ser um ato que o beneficiário *quer*, tem *interesse* ou, pelo menos, que lhe é – e passe a repetição – benéfico. Esta ideia não é de todo contemporânea, nem tão-pouco moderna. Já LESSIUS em *De iustitia et jure* afirmava que “uma promessa concerne algo que é *bom*”⁶⁷³.

Tradicionalmente, as teorias promissórias tratam o tema no sentido de contrastar a figura da promessa de outro ato comunicacional ontologicamente muito parecido: a *ameaça*. É bastante habitual fazer-se uma ameaça utilizando o verbo “prometer”: “se não terminas os teus trabalhos de casa, eu *prometo* que te tiro o acesso ao computador” ou “se não te rendes, *prometo* que te prendo”. O recurso a este verbo é puramente enfático. Tanto na promessa como na ameaça o

⁶⁷² Cfr. *infra*, Cap. III, 2.1.3, B.

⁶⁷³ Meu realce – cfr. LESSIUS, *De Iustitia et iure*, 2.18.1.

declarante procura comprometer-se à prática de um ato futuro e incerto que afetará, direta ou indiretamente, o destinatário. A ameaça compreende outrossim um enunciado performativo de força ilocutória (de ameaçar), habitualmente indicado simbolicamente por “ $W(p)$ ”⁶⁷⁴. Na ameaça – e ao contrário do que sucede na promessa – o ato previsto não é *desejado* pelo destinatário⁶⁷⁵. Em termos gerais, tanto as promessas como as ameaças têm um distinto efeito perlocutório (quando têm): nestas, visa-se a prática ou a abstenção de uma conduta do destinatário sob pena de “cumprimento do ato prometido”; naquelas, o efeito é a aceitação do benefício quando o mesmo é requerido por lei ou pelo promitente. A quarta condição preparatória SEARLE indica que: “H prefere que S faça A a não fazer A, e S acredita que H prefere que ele faça A a não fazer A”⁶⁷⁶. Dito de outra forma, o beneficiário prefere a situação em que o promitente pratique (ou se abstenha de praticar) o ato prometido, ou seja, cumpra a promessa, à situação inversa; por outro lado, o promitente acredita que o beneficiário assume tal preferência. No mesmo sentido e a propósito das promessas sinceras, escreveu ARMSTRONG: “uma promessa sincera implica que o locutário ache que a *audiência* prefira o cumprimento da promessa ao seu não cumprimento”⁶⁷⁷.

A relevância dos elementos noéticos de ambas as partes é intrincada. SEARLE toma como certa a preferência do destinatário bem como a cognoscibilidade da mesma por parte do promitente sem nunca desenvolver os fundamentos da premissa nem tão-pouco explicar como estes elementos subjetivos são determinados. Para HOGG, a quarta condição preparatória choca com a natureza objetiva da declaração promissória⁶⁷⁸. É humanamente impossível que o

⁶⁷⁴ SEARLE, *Speech acts*, p. 31.

⁶⁷⁵ HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 45-6. O autor dedica uma parte do seu estudo aos atos que têm alguma semelhança com a promessa, mas se distinguem desta: juramentos (*vows* e *oaths*), doações, garantias, acordos e ameaças. Cfr. também, BELLER, “Conditional Promises and Threats”, pp. 113-8.

⁶⁷⁶ SEARLE, *Speech Acts*, pp. 58-9.

⁶⁷⁷ Cfr. ARMSTRONG, “Meaning and Communication”, p. 446.

⁶⁷⁸ HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 18-9.

promitente se projete no pensamento do *potencial* beneficiário; por este motivo, a interpretação quanto ao caráter benéfico do destinatário da promessa dever ser igualmente sujeita a uma interpretação objetivista⁶⁷⁹. A questão que se coloca é, portanto, a de saber como pode promitente ter a certeza se o destinatário da promessa *quer efetivamente* que ele pratique o ato prometido. O exemplo de HOGG é bem ilustrativo: o promitente vincula-se à demolição de um imóvel ilegalmente construído pelo destinatário da promessa. Neste caso, este não tem interesse na demolição, mas ao mesmo tempo, o ato prometido coloca-o numa situação desejável, na medida em que não será objeto de um processo contra-ordenacional que poderá resultar na aplicação de multas e, inclusivamente, na própria destruição do imóvel⁶⁸⁰. Um outro exemplo – com uma ligeira *nuance* – pode ser extraído do artigo de CARTER intitulado “On Promising the Unwanted”⁶⁸¹, no qual o autor pretende demonstrar que a quarta condição preparatória SEARLE não está correta⁶⁸²: imagine-se que duas famílias apaches se encontram numa guerra centenária. O patriarca de uma delas foi fatalmente ferido, estando incapacitado para falar e um dos seus filhos promete vingança, pensando que o pai se sentiria, de alguma forma orgulhoso. Mas a verdade é que nos últimos momentos de vida, o patriarca realizou que a guerra entre as famílias só traz resultados nefastos. Nestas situações é manifestamente notória a dificuldade (ou impossibilidade) que tem o promitente em conceber o ato prometido como um ato que o destinatário da promessa quer que seja praticado (o mesmo sucede, *mutatis mutandis*, com atos negativos).

A ordem jurídica não se preocupa rigorosamente se, de uma perspetiva puramente noética, o destinatário de uma promessa entende ou não que a prática

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ *Ibid.* O jurista apresenta ainda uma outra hipótese mais quotidiana: alguém promete extrair um dente de leite a uma criança. Esta não quer que o dente lhe seja tirado por ter medo do tratamento, mas a extração afigura-se como necessária sob pena de riscos de saúde imediatos.

⁶⁸¹ CARTER, “On Promising the Unwanted”, pp. 83 e ss.

⁶⁸² A crítica é também dirigida a DAVID ARMSTRONG.

do ato prometido lhe é efetivamente desejável. Em última análise, um ato prometido pode ser prejudicial para o beneficiário, tendo este plena consciência do prejuízo, não perdendo ainda assim tal qualidade. Portanto, este ato não tem impreterivelmente de corresponder a um ato desejado que, por definição, se reporta a uma natureza subjetiva que é alheia ao promitente. No sentido de proteger a contraparte do beneficiário e terceiros, o que importa é, numa primeira fase, interpretar a sua *reação*, positiva ou negativa⁶⁸³, quanto à atribuição *potencial* (nos casos dialogantes) ou *real* (nos casos monológicos) do direito de crédito baseado numa relação promissória, pois numa segunda fase, o seu interesse se encontra objetivamente mitigado numa presunção de satisfação do crédito resultante do cumprimento. O “benefício” decorrente de uma promessa deve apenas ser entendido através da atribuição patrimonial na esfera jurídica do “beneficiário” que resulta da aquisição do direito à prestação debitória⁶⁸⁴.

Por este exato motivo se torna oportuno conjugar este tema com um dos pontos fundamentais da teoria jurídica da promessa e da obrigação em geral: o interesse do credor. A visão de um ato prometido como ato desejável, ainda que ficcionalmente benéfico, joga com um interesse, real ou hipotético, do destinatário da promessa no que toca cumprimento da prestação pelo devedor. Uma vez constituída a obrigação, o desejo de receber o ato prometido é mitigado no interesse do credor. Na tradição romano-germânica, a justificação para a exigibilidade de uma obrigação promissória funda-se no interesse ao recebimento

⁶⁸³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 790 e ss.

⁶⁸⁴ Nesta sede, o artigo II. 4:303 dos DCFR, que faz parte da secção 3 relativa a outros atos unilaterais entres os quais se insere a promessa unilateral, tem como epígrafe “possibilidade de rejeição do direito ou benefício”. Parece decorrer deste preceito que, para o “direito privado europeu”, o *direito* e *benefício* são duas vantagens possíveis que se podem obter através de um ato jurídico unilateral. Esta disposição tem de ser interpretada amplamente: tal como todo os DCFR – visa acomodar famílias jurídicas com diferentes perceções privatistas. No direito inglês, por exemplo, a propósito da *stipulatio alteri*, refere-se muitas vezes ao *benefit* recebido sem nunca se falar em *acquired rights* (TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 14, §§058). No direito português, a aquisição de um benefício por parte do beneficiário, que derive de uma promessa só pode ter natureza creditícia. Para além disso, ainda que a atribuição patrimonial tenha apenas efeitos reais (caso não-promissório), há sempre a constituição de algum direito (ex.: direito de propriedade, direito de superfície, direito de preferência com eficácia real, direito de usufruto, etc.).

da prestação por quem adquire o direito à prestação. Acolhendo a chamada teoria clássica⁶⁸⁵ quanto ao conceito e estrutura da obrigação, a lei portuguesa indica que a prestação debitória é o conteúdo do elo obrigacional (artigo 397.º do CC) e deve corresponder um interesse do credor digno de proteção legal (artigo 398.º/2 do CC). Para grande parte da doutrina, este interesse é considerado requisito de validade da constituição de elos obrigacionais⁶⁸⁶, embora elemento estruturalmente exógeno, o que deixa algumas dúvidas quanto à sua posição no quadro da teoria promissória. Não deixo, porém, de seguir a linha doutrinária segundo a qual a obrigação não tem um fim autónomo, mas sim uma função⁶⁸⁷. Tal funcionalidade consiste na satisfação do interesse do credor – beneficiário da promessa – que corresponde, por sua vez, ao *fim* da prestação: a satisfação (final) é proporcionada exatamente pelo seu adimplemento.

Sou da opinião de que a funcionalidade obrigacional de que trata os artigos 397.º e 398.º do CC deve ser apreciada em duas fases conexas. No âmbito do interesse *genérico* do credor, importa distinguir entre o interesse do *potencial* credor na atribuição de um direito de crédito (benefício jurídico-obrigacional ou normativo) e o interesse do *efetivo* credor à prestação debitória (benefício prestativo ou material⁶⁸⁸). Por um lado, um interesse do credor quanto ao crédito em si mesmo; por outro lado, um interesse do credor quanto à realização da

⁶⁸⁵ A teoria clássica, à qual se contrapõem outras teses como a teoria personalista, teoria realista e teorias mistas, é seguida pela maior parte da doutrina portuguesa, onde se encontram autores como VAZ SERRA, GALVÃO TELLES (segunda fase), MANUEL DE ANDRADE, CARVALHO FERNANDES, ALMEIDA COSTA, MENEZES CORDEIRO, MENEZES LEITÃO, entre muitos outros (para uma descrição sumária de estas e outras teses, por todos, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 65 e ss.).

⁶⁸⁶ Assim, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 159; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 109 e ss.

⁶⁸⁷ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 109; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 158; Contra, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 13-4, sustenta a tese de que interesse do credor corresponde ao fim da obrigação. Ver também VAZ SERRA, “Objecto da obrigação”, pp. 15 e ss. Mesmo a tese de LARENZ relativa ao vínculo obrigacional complexo, em particular no que tocante à descrição da estrutura e conteúdo da obrigação como processo temporal, parece evidenciar uma finalidade obrigacional (subjativa) mitigada no seu acervo funcional (LARENZ, *Schuldrecht*, I, p. 28).

⁶⁸⁸ Não se confunda “materialidade” com “não-jurisdicidade”. Neste sentido, materialidade reporta-se ao plano factual, seja compreendendo atos puramente materiais ou jurídicos.

prestação (*performance interest*⁶⁸⁹). Alguém pode, por exemplo, desejar que lhe seja atribuído um crédito, independentemente do conteúdo da prestação devida para que, num segundo momento, possa transferir esse direito para um terceiro. Em termos subjetivos, o efetivo benefício é a venda do crédito e não o recebimento da prestação. O interesse do potencial credor reporta-se a montante do interesse do efetivo credor, sendo um problema de fundamento vinculativo ou, reflexamente, atributivo (do direito de crédito), amparado pelo princípio *invito beneficium non datur*. Seguindo as teses que sustentam a ideia de que a declaração promissória compreende efeitos perlocutórios no que toca à sua eficácia obrigacional, o interesse do potencial credor aparece como elemento determinante na constituição de vínculos obrigacionais através dos atos unilaterais de *aceitação* e de *adesão* (da promessa)⁶⁹⁰. Por oposição, os atos reflexos de conteúdo negativo, de *rejeição* e *recusa*, para além da contrariedade do conteúdo proposicional do negócio visado, expressam o desinteresse do destinatário da declaração promissória – no primeiro caso – e da promessa unilateral, no segundo – em assumir a posição de beneficiário. A rejeição é a reação negativa por parte do destinatário de uma declaração promissória dialogante; a recusa, por sua vez, corresponde ao “poder de repelir um efeito jurídico favorável gerado por uma fonte à qual foi estranha a participação do beneficiário”⁶⁹¹. Nos contratos, na medida em que o vínculo obrigacional só nasce *após* aceitação da declaração promissória, poder-se-á

⁶⁸⁹ Nas famílias de *common law* utiliza-se a expressão “*performance interest*” ou “*expectation interest*” – a segunda ultimamente criticada pela doutrina (cfr., por exemplo, HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 335). Este conceito é ligeiramente mais amplo do que aquele que se faz referência, cobrindo matérias como o interesse contratual positivo (*vide* COOTE, “Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest”, pp. 537 e ss.; WEBB, “Performance and Compensation”, pp. 41 e ss.).

⁶⁹⁰ “Aceitação”, neste tema em particular, apenas se reporta à aceitação de declarações promissórias com vista a um contrato obrigacional. Isto significa que está fora do termo a “aceitação com modificações” que equivale à rejeição da proposta, tendo natureza de contraproposta (artigo 233.º do CC). Tenho recorrido ao termo *aceitação* da promessa em termos genéricos através da polissemia que lhe é inerente. A própria lei utiliza este conceito a propósito de atos unilaterais, atos jurídicos bilaterais sem natureza negocial (aceitação da prestação por parte do credor), com o simples sentido de consentimento.

⁶⁹¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, pp. 801-3. Ver também STOLJAR, “Promise, Expectation and Agreement”, pp. 198-9.

argumentar que a manifestação do interesse potencial se deu com o ato de aceitar; nos negócios unilaterais obrigacionais, o problema torna-se mais complexo porquanto a perfeição da declaração promissória constitui automaticamente o vínculo, mesmo em negócios como a promessa pública, nos quais a promessa é feita *ad incertam personam*. Nas promessas unilaterais em geral e no contrato a favor de terceiro em particular, o ato de adesão não tem como consequência a atribuição do direito à prestação, mas o efeito consolidativo de uma situação obrigacional que se encontrava em situação de incerteza. A adesão de um contrato a favor de terceiro (por parte desse *terceiro*, estranho ao negócio) não afeta o fundamento do vínculo obrigacional – que se constituiu, ainda que precariamente – nem tão-pouco afetará a qualificação jurídica desse terceiro como beneficiário; na promessa pública, verificado o facto ou a situação condicional da atribuição do direito à prestação, o beneficiário adquire tal qualidade sem necessidade de reação positiva de adesão⁶⁹². A verificação de reação positiva apenas consolida os efeitos jurídicos da relação obrigacional, atribuindo – por exemplo e a depender da circunstância – direitos de renúncia e possibilidade de, nos termos gerais, se perdoar a dívida. Também nas promessas de pagamento tituladas, como é o caso da livrança, ou nas garantias autónomas – quanto a estas, se forem unilaterais – não há exigibilidade de manifestação quanto ao interesse do credor relativamente ao ato prometido para que o vínculo se constitua. Por isso, a ser um requisito de validade da obrigação, não tem necessariamente de ser identificado pelo próprio ou corresponder a um ato que o beneficiário *deseje*. O interesse do credor (potencial) ao ser concebido como o *interesse em se tornar credor* (benefício normativo) reconduz-se subjetivamente ao tema de querer ser parte negocial, por um lado, e por outro, reflete-se objetivamente no problema de função económico-social, porque (i) a questão do *vestmentum* do negócio é anterior à constituição de obrigações e (ii) nem sempre a ausência de *causa* tem como efeito a invalidade negocial. Adquirido o direito à prestação, é concedido ao credor um acervo de

⁶⁹² Vide FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 802, nota de rodapé 135, *in fine*.

poderes dispositivos. Se assim desejar, o credor pode dar o crédito em garantia, onerá-lo ou aliená-lo. Estes poderes dispositivos que emergem da integração do direito de crédito no conjunto de direitos patrimoniais do credor satisfazem o benefício normativo consumido no interesse pessoal quanto à aquisição do crédito.

O interesse genérico que está regulado nos artigos 397.º e 398.º do CC tem esta vertente primária que se manifesta a montante de uma outra: o interesse em receber a prestação. Presume-se que o beneficiário de uma promessa *deseja* que o ato seja praticado ou porque aceitou a proposta, ou porque aderiu à promessa ou simplesmente porque, não tendo ainda aderido, constitui-se na sua esfera jurídica um direito à prestação. É exatamente sobre este direito que recai o interesse presuntivo do credor. Fixado o vínculo obrigacional, precário ou consolidado, ele releva – apenas e só – de forma objetiva. Seguir uma posição contrária seria contraditório, por exemplo, com o regime do perdão de dívida porquanto a remissão só opera no direito português após consentimento do promitente que terá também um interesse – por vezes adjetivado de “(interesse) subalterno”⁶⁹³ e acolhido pelo princípio do *favor debitoris* – em cumprir (artigo 863.º do CC)⁶⁹⁴. É através deste interesse que se determina a fungibilidade ou não-fungibilidade da prestação bem como outras matérias diversas da *vida* da obrigação, desde o regime da compensação e da dação em cumprimento ao regime da impossibilidade originária, parcial, total, temporária ou definitiva, passando pela perda objetiva de interesse.

Resulta do exposto que a lei concede mecanismos de proteção ao beneficiário de uma promessa para que este possa determinar se o ato prometido lhe é efetivamente desejável. Algumas vezes, e a depender da lateralidade concreta, cabe-lhe uma *faculdade* de *rejeição* ou um *ônus* de *não-adesão* (*recusa*). O resultado da atuação do potencial beneficiário ditará se tem interesse no

⁶⁹³ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 109 e ss.; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 13-4.

⁶⁹⁴ Para além disso, ainda se o interesse do credor à prestação correspondesse um interesse noético-volitivo, não seria bastante para justificar a titularidade de direitos de crédito atribuído por outras fontes que não aquelas que decorrem da autonomia privada.

benefício normativo que lhe atribuirá, por seu turno, o benefício prestativo, que, ao ser ficcionado pela lei, se encontra igualmente assegurado pelo regime geral das obrigações.

Retomarei esta matéria no capítulo seguinte aquando do tratamento da promessa pública.

CAPÍTULO III

A PROMESSA UNILATERAL COMO FONTE DAS OBRIGAÇÕES NO DIREITO CIVIL

*“As soon as one promises not to do something,
it becomes the one thing above all others that
one most wishes to do”*⁶⁹⁵

GEORGETTE HEYER, 2011

1. TIPICIDADE E ATIPICIDADE DA PROMESSA UNILATERAL

1.1 O PROBLEMA DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

O quadro histórico apresentado no Capítulo I demonstrou que a evolução das ideias promissórias, onde se inclui a promessa unilateral, não foi, de todo, edénica. Por variados fatores internos ou exógenos aos ordenamentos jurídicos, a progressão dogmática do conceito de promessa – e bem assim, da sua perceção e asserção por parte dos sistemas jurídicos – foi feita com cautelosos sobressaltos, mas com a devida inteção. No que às famílias de *civil law* diz respeito, tal evolução desembocou numa ortodoxa adversidade sistémica quanto à aceitação da promessa unilateral como fonte (autónoma) de obrigações jurídicas que culminou na adoção expressa, em Portugal e em Itália, de um reconhecido *princípio de tipicidade* para acamar e acautelar tais casos (respetivamente, artigo 457.º do CC e artigo 1987 do *codice*) que, aliás, segue o pensamento dominante nos países de *civil law*⁶⁹⁶. Este modelo representa um entrave à livre constituição de negócios

⁶⁹⁵ “Assim que alguém promete não fazer alguma coisa, torna-se a coisa acima de todas as outras que alguém deseja fazer”.

⁶⁹⁶ Vide ALMEIDA COSTA *Obrigações*, p. 463, e as referências legais de outros códigos civis que indica na nota de rodapé 1.

unilaterais de raiz promissória, manietando os potenciais promitentes e beneficiários aos casos admitidos por lei (ditos “típicos”).

Já na primeira parte do séc. XX, HECK, quiçá influenciado ao de leve por VON KÜBEL, teceu críticas ao *Vertragsprinzip* e, indiretamente, ao modo como a *Einseitige Versprechen* estaria malogradamente submetida ao regime-exceção. Segundo o jurista, o modelo afigurar-se-ia anacrónico, sem justificação legal, pois deriva de um (já) caduco sistema contratual taxativo que remonta aos direitos antigos, nomeadamente ao direito romano e ao período intermédio⁶⁹⁷. Como foi oportunamente referido, o sistema contratual (*rectius*: obrigacional) romano, desde o modelo bipartido de GAIUS até à compilação justinianeia, sempre se pautou pela taxatividade negocial (dos *contractus*) onde, a par dos contratos (*hic* na aceção moderna) se encontravam alguns dos casos paradigmáticos de promessas unilaterais. A opinião de HECK tem alguma razão de ser porquanto essa influência do direito antigo não é, de todo, de descurar. Não é errado afirmar-se que a validade e eficácia de atos unilaterais obrigacionais andou sempre de mãos dadas com um regime de *numerus clausus*, tal como os atos e negócios de eficácia real também contemplam equivalente conexão. Não obstante, penso que a História das ideias promissórias também realça outros fatores que poderão ter contribuído de igual forma para o resultado acima descrito. Não há dúvida que a discussão iniciada no período intermédio sobre os *pacta nuda* e as promessas *sine causa* foi verdadeiramente o momento originário de toda a *quaestio*, ao provocar algum receio na comunidade jurídica em se acolher, *tout court*, aqueles tipos de figuras. Ateado o rastilho, jamais se apagou até ao golpe final perpetrado pelo *Vertragsprinzip* através da escolástica da *Pandectas* alemã já na fase moderna do direito privado europeu⁶⁹⁸. Se é verdade que os canonistas tinham conseguido – com algum êxito – distanciar-se dos civilistas na busca por uma eficácia direta das

⁶⁹⁷ HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, §41, p. 122.

⁶⁹⁸ Cfr., por exemplo, JHERING, “Culpa in contrahendo”, pp. 93 e ss.; WINDSCHEID, KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, §308.

promessas sem aceitação, tendo sido reconduzidos a um espaço jurisdicional muito restrito, também não deixa de ser menos verdade que nem o último fôlego jusnaturalista⁶⁹⁹ rapidamente consumido pelas fugazes teorias utilitaristas, nem tão-pouco os fundamentos apriorísticos kantianos, serviram de tampão à emergência do contrato como arquétipo das fontes obrigacionais baseadas na autonomia privada. E é exatamente através do princípio do contrato acoplado ao princípio da tipicidade da promessa unilateral que o receio sistémico quanto à efetividade dos negócios unilaterais obrigacionais mais se evidencia. Não é, por isso, tanto um anacronismo histórico como refere HECK⁷⁰⁰, mas uma verdadeira intenção de moldar o sistema jurídico sobre os alicerces do princípio do contrato ou, por outras palavras, do princípio do *consensus*⁷⁰¹, que para o autor, contrariam a autonomia privada e a tutela da confiança⁷⁰². Neste aspeto, a melhor forma que os juristas arranjaram de promover a proteção do sistema contra um modelo de *numerus apertus* foi exatamente a manutenção de uma estrutura arcaica baseada na taxatividade contratual (em sentido romanístico).

O pensamento tradicional que sustenta a interpretação do princípio absoluto da tipicidade dos negócios unilaterais obrigacionais tem como corolário a preclusão do reconhecimento legal das promessas unilaterais “atípicas”⁷⁰³. Mas como veremos, se é verdade que o regime de *numerus clausus* produz um obstáculo funcional na prossecução dos interesses visados, não deixa de ser menos verdade, que, por si só, o artigo 457.º do CC não impede constituições unilaterais

⁶⁹⁹ Como chama a atenção SIEGEL, GROTIUS foi dos poucos juristas que, contra tudo e todos, tentou distanciar-se dos modelos de pendor dialogantes baseados na bem-sedimentada *stipulatio* (*Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, pp. 1 e ss.). Mas ainda assim, GROTIUS rematou a questão da exigibilidade da aceitação para a eficácia da promessa – cfr. *supra*, I, 3.3.

⁷⁰⁰ Acompanhado e referido também por PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, pp. 450-1. Na mesma senda, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 673 e ss., refere-se a uma “tipicidade histórica” dos negócios unilaterais obrigacionais.

⁷⁰¹ Como bem aponta MENEZES LEITÃO, o princípio do contrato, embora fortemente dominante, não é absoluto; aliás, é o próprio artigo 457.º do CC que demonstra a sua relatividade (cfr. MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 268).

⁷⁰² HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, §41, p. 122.

⁷⁰³ MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 3, com indicações bibliográficas na nota de rodapé 5.

“atípicas” – nominadas ou não. A larga maioria da doutrina portuguesa não tem dúvidas em assinalar que os negócios unilaterais obrigacionais têm caráter excecional estando sujeitos ao *so-called* princípio da tipicidade que se encontra positivado no artigo 457.º do CC⁷⁰⁴. Esta corrente majoritária que considera o tal princípio absoluto de tipicidade é, no entanto, restritiva da admissibilidade jurídica da promessa unilateral enquanto fonte autónoma das obrigações⁷⁰⁵. A receção da linha de pensamento tradicional⁷⁰⁶ no direito nacional não trouxe grandes novidades face ao regime anterior. Encontram-se, porém, duas posições na doutrina que, pelas suas diferenças face àquele pensamento, merecem especial destaque.

O primeiro entendimento dissonante provém de PAIS DE VASCONCELOS. O autor preconiza uma interpretação do artigo 457.º do CC, fonte do clássico modelo de *numerus clausus*, em conjunto com o artigo 458.º do CC. Começa por referir que aquele artigo não se aplica a todos os negócios unilaterais, mas apenas e só aos obrigacionais⁷⁰⁷; ou seja, o princípio da tipicidade vigente no artigo 457.º do CC apenas incide sobre promessas unilaterais e não sobre outros negócios unilaterais que não sejam constitutivos de obrigações, como sucede, por exemplo, com o caso da proposta negocial, do testamento, do ato de instituição de uma pessoa coletiva, da denúncia, entre muitos outros. Neste ponto, posiciono-me ao

⁷⁰⁴ Assim, VAZ SERRA, “Fontes das obrigações”, pp. 211 e ss.; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 176-8; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 461-4; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, pp. 441-2; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 267-70; PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, pp. 438-9. Em sentido equivalente, em Itália, DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, pp. 54 e ss.; criticando, DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 72-6; FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, “Promesse unilaterali”, p. 5. Também a jurisprudência portuguesa acolhe esta doutrina – cfr. STJ, proc. n.º 02B2620, de 17-10-2002 (ARAÚJO BARROS).

⁷⁰⁵ Assim também, MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 4.

⁷⁰⁶ Vide GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, II, §§209 e ss. O autor reconhece a existência de obrigações que se constituem de forma irrevogável, mas ao mesmo tempo admite que tais casos são apenas válidos nos termos fixados pela lei (*idem*, p. 709).

⁷⁰⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 444.

lado do autor⁷⁰⁸. Um simples argumento sistemático-literar é bastante para se concluir no mesmo sentido. Seguidamente, PAIS DE VASCONCELOS chama a atenção para o facto de o artigo 457.º do CC, pese embora impeça a eficácia jurídica de promessas unilaterais de prestação fora dos casos previstos na lei, não manietar o intérprete quanto à livre qualificação de promessas unilaterais de uma prestação, nos casos legalmente previstos, nem tão-pouco de qualificar como negócios unilaterais “outros negócios que não constituam promessas unilaterais de prestações”⁷⁰⁹. Perante uma acareação com o regime do artigo 458.º do CC relativo à promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida, o jurista considera que só “os negócios jurídicos *abstractos* correspondem à previsão do artigo 457.º do Código Civil e estão submetidos ao regime de *numerus clausus*” (por exemplo, negócios como o saque de uma letra, a subscrição de livranças, o endosso de letras, livranças e cheques, e o aval de letras e livranças)⁷¹⁰; por seu turno, os negócios unilaterais causais (*rectius*: “substancialmente causais, mas processualmente abstratos”) estão abrangidos pelo artigo 458.º do CC, tendo natureza declarativa⁷¹¹. Quanto a este ponto, e sem querer adiantar a análise nem as conclusões que se farão quanto às matérias do reconhecimento de dívida e promessa de cumprimento⁷¹², cumpre mencionar que a interpretação de PAIS DE VASCONCELOS é *contra legem*. A lei não promove a referida clivagem, nem tão-pouco ela se encontra visível nas discussões dos trabalhos preparatórios. Para além disso, em Itália, onde mais se discute esta temática e onde foram inspirados os artigos em

⁷⁰⁸ Contra, ALMEIDA COSTA que considera que o princípio do *numerus clausus* se aplica a *todos* os negócios unilaterais, independentemente dos efeitos (*Obrigações*, p. 463), e CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 388.

⁷⁰⁹ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 444.

⁷¹⁰ *Idem*, p. 447.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² Cfr. *infra*, III, 2.1. e 2.2.

análise⁷¹³, tal destrição não é habitualmente proclamada na doutrina⁷¹⁴. Aliás, a letra da lei pende no sentido oposto, na medida em que o artigo 458.º/1 do CC alude à falta de indicação da respetiva causa, podendo genericamente concluir-se que tal preceito se aplica *aparentemente* a negócios abstratos⁷¹⁵ e/ou de causa presumida⁷¹⁶.

A segunda tese que merece especial atenção é a de MENEZES CORDEIRO que considera a tipicidade presente no artigo 457.º do CC apenas *aparente* (“tipicidade aberta”) ⁷¹⁷. Para o autor, um verdadeiro regime de tipicidade – na esteira dos direitos reais – implica, por um lado, uma descrição pormenorizada dos tipos relevantes; por outro lado, um espaço conceitual claramente fechado; e finalmente, o tradicional impedimento de aplicação analógica das situações típicas a realidades atípicas⁷¹⁸. Segundo MENEZES CORDEIRO, o CC admite como válidos diversos negócios unilaterais como a proposta irrevogável, como os “tipos” promessa pública e a sua modalidade, o concurso público, sem nunca delimitar o seu conteúdo. Após desenvolver um pouco o argumento com base no exemplo da proposta irrevogável, conclui que perante o artigo 457.º do CC vigora um regime

⁷¹³ Cfr VAZ SERRA, “Fontes das obrigações”, pp. 214-5. Os artigos 457.º e 458.º, ambos do CC, tem correspondência – com algumas nuances –, respetivamente, com os artigos 1987 e 1988 do *codice*. O artigo 1987 do *codice* estabelece a regra da tipicidade da promessa unilateral (feita, no entanto, de forma negativa); por seu turno, o artigo 1988 do *codice* trata dos reconhecimentos de dívida e promessas de pagamento sem indicação da respetiva causa, que se presume até prova em contrário. Sendo ambos os regimes similares, não se compreende o motivo pelo qual PAIS DE VASCONCELOS escreve, na sequência da sua interpretação dos artigos 457.º e 458.º do CC, que “ao contrário do *Codice Civile* italiano de 1942, o Código português separou a regra da tipicidade (artigo 457.º) e a estatuição do regime de causalidade substancial e abstracção processual (artigo 458.º)” (*Teoria Geral*, p. 508). Também o §305 do BGB dita que, salvo disposição em contrário, é necessário o contrato entre as partes interessadas para o estabelecimento de uma obrigação por meio de ato jurídico, tal como para a sua modificação.

⁷¹⁴ Cfr., no entanto, PALAZZO, “Ricostruzione della patologia del negozio unilaterale”, pp. 1289 e ss.

⁷¹⁵ Assim também se posiciona MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 269-70.

⁷¹⁶ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 466; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 693; MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 91.

⁷¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 681-8. O autor considera porém que esta “sua” tese não é inovatória; ela apenas corresponde aos ensinamentos tradicionais da FDUL (*idem*, p. 682, nota de rodapé 2470).

⁷¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 683.

de tipicidade aberta, nos termos do qual, dentro dos “tipos abertos”, a autonomia privada manifestada na vontade das partes torna-se livre para estabelecer conteúdos negociais.

A tese de MENEZES CORDEIRO é bastante convidativa. O argumento da mera aparência baseado no artigo 228.º do CC não deixa de ser curioso e ousado, mas não é único no panorama doutrinário. Também DI MAJO – a propósito do artigo 1987 do *codice* – se refere a uma rigidez introduzida por este artigo que é “mais aparente que real”⁷¹⁹. E o jurista italiano, para além de trazer à colação as figuras típicas como a promessa de pagamento, o reconhecimento de “débito”, a promessa pública e os títulos de crédito, também se refere a outras “estruturas promissórias disseminadas no *codice*” tais como a promessa unilateral antenupcial, a concessão unilateral de uma hipoteca, e bem assim, a proposta irrevogável⁷²⁰. Como se sabe, a proposta irrevogável é um negócio unilateral de cariz não-obrigacional, constituindo-se na esfera do destinatário um direito potestativo e, correlativamente, no proponente, uma sujeição jurídica. Está, neste sentido, fora do escopo do artigo 457.º do CC⁷²¹, como aliás, bem contra-argumenta MENEZES LEITÃO. E na mesma linha, segundo de DI MAJO, colocar a promessa unilateral a par do processo formativo do contrato é uma afirmação de “pobre valor heurístico”⁷²². MENEZES CORDEIRO replica apresentando um argumento *a fortiori*: a sujeição é uma situação jurídica passiva ainda mais grave do que a obrigação (*stricto sensu*), para além de poder originar uma relação jurídica complexa (onde se incluem deveres acessórios para as partes). Assim, se a lei permite nesta situação uma ampla abertura, também tenderá a permitir nos casos auto-vinculantes. MENEZES LEITÃO chega ainda – finalmente – a treplicar, afirmando que o que está em jogo é o princípio da tipicidade dos negócios unilaterais obrigacionais e não de

⁷¹⁹ DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 55.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Errada está a redação do artigo 228.º/1 do CC ao mencionar que “a proposta de contrato obriga o proponente”.

⁷²² DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 56.

outras situações passivas ainda que “de maior gravidade”⁷²³. O que é preciso fazer notar é que este argumento de MENEZES CORDEIRO, pese embora não responda, em bom rigor, ao problema da tipicidade das promessas unilaterais, é curiosamente relevante do ponto de vista de *jure condendo*, no sentido de criticar a adoção tomada pelo legislador no artigo 457.º do CC no que toca ao regime-exceção. Quanto a este ponto, abordá-lo-ei com a devida atenção no Capítulo seguinte.

A posição de MENEZES CORDEIRO é, como disse, tentadora, colhendo-se parcialmente. O que está subjacente ao pensamento do autor é saber se, na verdade, há ou não é um princípio de tipicidade dentro dos parâmetros metodológico-conceptuais da ideia jurídica de negócio típico e atípico e, nesta sede, MENEZES CORDEIRO adota uma conceção restrita de tipicidade. É perfeitamente possível a coabitação de um princípio de tipicidade com a ideia de tipos abertos⁷²⁴. Aliás, o artigo 1306.º do CC, face ao regime dos direitos reais é um claro exemplo desse facto⁷²⁵. Entende-se e apoia-se – portanto – a tipicidade aberta; contudo já não se compreende a *aparência* de tipicidade. Como veremos mais adiante, é verdade que os “tipos” promessa pública e “concurso público” são “tipos abertos” – que em nada se confundem com meras nominações legais – no sentido em que a lei não descreve pormenorizadamente o seu conteúdo. Para tal, basta atentar ao facto de a promessa pública poder assumir, em abstrato, diversas funções económico-sociais: de troca, de liberalidade, ou até mesmo, de garantia. Não deixa, no entanto, de ser também verdade que este negócio unilateral compreende elementos da sua fatispécie (delimitados pelos preceitos legais), sem os quais se desaplicam as regras previstas nos artigos 459.º a 463.º do CC. Contrariamente ao que pretendem

⁷²³ Acompanha-se este aceso debate em MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 683, nota de rodapé 2474 e MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 269, nota de rodapé 606.

⁷²⁴ Assim, PINTO DUARTE, *Curso*, pp. 39-40.

⁷²⁵ Note-se que, de um ponto de vista *de iure condendo*, há quem defenda no panorama nacional a ideia de que o regime jurídico dos direitos reais deveria estar sujeito a um modelo de *numerus apertus* (neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, pp. 76 e ss.).

sustentar GRAZIANI⁷²⁶ – a propósito do artigo 1987 do *codice* – e PAIS DE VASCONCELOS⁷²⁷ – quanto ao *numerus apertus* de negócios jurídicos unilaterais causais –, não se pode fugir à letra e ao espírito da lei que indica expressamente que a promessa unilateral de uma prestação *só obriga* nos casos legalmente previstos.

Já FERRI tinha chegado a conclusões similares a MENEZES CORDEIRO aquando da interpretação da expressão “*fuori dei casi ammessi dalla legge*” extraída do artigo 1987 do *codice*, ao referir que esta deve ser entendida em sentido amplo, de modo a incluir “esquemas [negociais unilaterais] abstratos”⁷²⁸. DI MAJO, por seu turno, conclui que a forma que a lei civil (italiana) adotou para acautelar a atipicidade da promessa unilateral foi o recurso aos contratos de estrutura unilateral, situação em que o jurista se refere como exemplo de *paternalismo jurídico*⁷²⁹. No mesmo sentido se posiciona MAISTO ao concluir, perante o artigo 1987 do *codice*, que a expressão “casos previstos na lei” (“*casi ammessi dalla legge*”), deve ser interpretada no sentido de acomodar três requisitos: (i) que a promessa seja sempre nominada pela lei; (ii) que esteja sujeita a uma função económico-social adequada; e (iii) que a seja determinada a complementar uma situação jurídica subjetiva meramente acessória respeitante a um direito a que o promissário já é titular.⁷³⁰ Quanto ao último ponto, MAISTO defende a ideia que a promessa unilateral só deve ser considerada eficaz quando não seja possível tutelar os interesses do promissário através da formação do contrato unilateral nos termos do artigo 1333 do *codice*⁷³¹.

⁷²⁶ GRAZIANI promove uma verdadeira interpretação ab-rogante do artigo 1987 do *codice*, (“La promessa unilaterale”, p. 667).

⁷²⁷ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, pp. 443 e ss., em especial, p. 447.

⁷²⁸ FERRI, “Autonomia privata e promesse unilaterali”, pp. 481 e ss., em especial, pp. 484-5.

⁷²⁹ DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 57.

⁷³⁰ MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 21-5.

⁷³¹ *Idem*, pp. 24-5. Infelizmente, o MAISTO não chega a desenvolver este último ponto, apenas notando em nota de rodapé (n.º 55), que as soluções legalmente admissíveis não se reconduzem propriamente à constituição de novos vínculos obrigacionais, mas apenas à sua modificação ou a constituições de relações preliminares.

Ora, a “tipicidade” (do artigo 457.º do CC) não deve ser concebida como ferramenta limitadora de conteúdos porquanto esses podem ser livremente configurados pelas partes ao abrigo da autonomia privada tal como sucede, em regra, com os contratos. Ela deve, isso sim, ser um mecanismo delimitador de estruturas negociais⁷³². Por este motivo, há autores que recorrem ao uso da expressão “princípio da taxatividade” em detrimento da expressão “princípio da tipicidade”, no sentido em que aquele termo abrange casos puramente nominativos ou estrutural e abstratamente identificados, sem necessidade de uma delimitação precisa de conteúdo⁷³³. Tudo depende, naturalmente, do entendimento adotado quanto à noção de “tipicidade”. E o que se entende por “típico” ou “atípico” está fora do escopo do presente estudo⁷³⁴. Na medida em que um regime de *numerus clausus* é restritivo da autonomia privada, e porque a promessa unilateral de uma prestação como fonte autónoma de obrigações se apresenta, *de iure condito*, como um regime quase-excepcional, os fundamentos para a adoção do princípio de tipicidade são equivalentes àqueles que suportam a excepcionalidade sistémica. Entre outros, destacam-se o princípio do contrato (que por si só não justifica a natureza excepcional); os perigos de assunções *ad nutum*; as ingerências em esfera jurídica alheia, em particular, o princípio da intangibilidade de terceiro⁷³⁵ ou, reflexamente, o princípio da soberania da esfera jurídica individual e privada⁷³⁶. Estes fundamentos também serão objeto de abordagem e crítica pormenorizada no Capítulo IV.

⁷³² De igual forma, DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 55.

⁷³³ Assim defende D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, p. 114.

⁷³⁴ Segundo FERREIRA DE ALMEIDA, “os tipos negociais são modelos abstractos de negócios jurídicos em cuja composição se particulariza o preenchimento de certas unidades sintagmáticas pela selecção de classes paradigmáticas nas posições correspondentes” (*Texto e Enunciado*, I, p. 407). Para um aprofundamento sobre a temática, entre nós, para além, da obra citada de FERREIRA DE ALMEIDA, pp. 405 e ss., cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*; PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*.

⁷³⁵ CAMILLERI, também justifica a tipicidade da promessa unilateral com base numa certa ambiguidade quanto à causa que deriva destes negócios unilaterais (*Le promesse unilaterali*, pp. 33-4).

⁷³⁶ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 72.

O que importa para esta parte é o tratamento dos casos permitidos pela lei civil face à regra do artigo 457.º do CC. Após tratar dos efeitos deste regime, debruçar-me-ei sobre o reconhecimento de dívida e a promessa de cumprimento, sem prejuízo do tradicional não-reconhecimento sistemático do artigo 458.º do CC, e bem assim, das dificuldades apresentadas por ambas as figuras perante o modelo teórico da promessa descrito no Capítulo antecedente. Em seguida, tratarei de forma aprofundada, da promessa pública e do concurso público porquanto consagram os verdadeiros arquétipos legais de promessa unilateral obrigacional expressamente admitida no CC. Por motivos e poupança de recursos, os restantes negócios unilaterais (promissórios ou não promissórios) relevantes são tratados ao longo do Capítulo IV a propósito de múltiplos argumentos que rondam o princípio geral do artigo 457.º do CC.

1.2. CONSEQUÊNCIAS E IMPLICAÇÕES

O artigo 457.º do CC não é claro quanto à sanção a atribuir às promessas unilaterais que, em sentido amplo, sejam inadmissíveis. Entendo que a formulação legal no sentido positivo quantos aos efeitos jurídicos da promessa unilateral (“...só obriga...”) aparenta ser bastante para se concluir que o problema da tipicidade (ou taxatividade) se coaduna com a matéria da (in)eficácia do negócio jurídico (*stricto sensu*). Neste sentido, todas as promessas unilaterais que não sejam expressamente permitidas pela lei, ou amplamente admitidas pelo ordenamento jurídico, são feridas de ineficácia, porquanto os efeitos obrigacionais pretendidos pelo promitente ficam, *ab initio*, precluídos⁷³⁷. Em Itália, o artigo 1987 do *codice* evidencia literalmente que o princípio da tipicidade (ou taxatividade) da promessa

⁷³⁷ No mesmo sentido também parecem apontar ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, pp. 436 e ss.; ALMEIDA COSTA *Obrigações*, p. 463; e MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 267-70; de igual forma, em Itália, FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, p. 90, a propósito da garantia *fideiussione* de estrutura unilateral.

unilateral é também uma questão de eficácia. Contudo, encontram-se algumas vozes na doutrina italiana que se inclinam para a nulidade da promessa unilateral “não admitida”⁷³⁸.

O desvalor jurídico positivado na lei civil não é intrínseco à problemática a que se refere; foi sim, uma simples opção legislativa. Embora de uma perspectiva prática e finalista a ineficácia tem, para o promitente, o mesmo significado que a nulidade – frustração do fim porque não se consegue obrigar⁷³⁹ – a verdade é que, de um ponto de vista puramente jurídico, a opção por aquela figura em detrimento da invalidade em sentido estrito traz consigo importantes fundamentos no que toca à percepção do ordenamento jurídico quanto ao tema da auto-vinculação. Nem sempre a clivagem entre a validade e eficácia é fácil de se efetuar⁷⁴⁰, mas é possível recorrer à teoria geral do negócio jurídico, apoiada na tese clássica de SAVIGNY, para se extraírem ilações quanto ao critério diferenciador. Muito resumidamente, a invalidade versa sobre os fatores internos do negócio – pressupostos, requisitos ou elementos do seu conteúdo⁷⁴¹. A ineficácia, por seu turno, refere-se a fatores exógenos – o negócio é válido para a ordem jurídica, porém ineficaz⁷⁴². A invalidade por nulidade compreende um desvalor jurídico maior do que a mera ineficácia. Enquanto que naquela o ato é ferido de um defeito originário⁷⁴³ irreparável, já nesta, o ato não tem necessariamente de ter um defeito⁷⁴⁴. A isto acresce que a desconformidade tratada na invalidade tem de ser manifestamente

⁷³⁸ Ver, por todos, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 34-8. Para além disso, o Supremo Tribunal italiano já concluiu mais do que uma vez que o resultado da norma fixada pelo artigo 1987 do *codice* é a irrelevância (*rectius*: inexistência) jurídica da promessa. Estas decisões são, todavia, antigas e não correspondem ao pensamento atual – Cass. 04-09-1952, n.º 2514; Cass. 15-07-1966, n.º 1912.

⁷³⁹ Funda-se aqui a tese de WINDSCHEID quanto à divisão do conceito de ineficácia em sentido amplo e em sentido estrito (cfr. WINDSCHEID, KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, §82).

⁷⁴⁰ Como bem demonstra OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 366 e ss.

⁷⁴¹ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, p. 615; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 433.

⁷⁴² MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, pp. 918-9.

⁷⁴³ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 374; contra, GALVÃO TELLES, *Contratos*, p. 167.

⁷⁴⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 366.

grave para a lei lhe conceder – e habitualmente fá-lo de forma expressa – o valor negativo de nulidade. Exemplo paradigmático é a cláusula geral do artigo 280.º do CC que atribui a nulidade a negócios jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, indeterminável, contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

O que está em causa no princípio geral do artigo 457.º do CC é a estrutura discursivo-formativa do negócio. O negócio unilateral, em particular, a promessa unilateral, por si, não é contrário(a) à lei (no sentido do artigo 280.º do CC⁷⁴⁵) nem aos usos, nem tão-pouco aos bons costumes⁷⁴⁶. A possibilidade auto-vinculante que a lei confere – no quadro da limitação do acervo de poderes e direitos conferidos pela autonomia privada – é baseada numa ponderação de fatores externos ao conteúdo negocial. O regime jurídico considera válida qualquer promessa unilateral que não esteja abrangida pelos casos previstos na lei ou admitida pelo ordenamento desde que cumpra os pressupostos formativos e requisitos de conteúdo legalmente identificados (ex.: a promessa tem de ter conteúdo regulado pelo ordem jurídica, não podendo corresponder a um mero capricho; o seu objeto tem de ser determinável; tem de existir “vontade” declarada) e dogmaticamente requeridos (ex.: é necessário, nas promessas causais – que são a regra⁷⁴⁷ – a existência de uma função económico-social⁷⁴⁸). Tais promessas unilaterais, ineficazes, mas válidas – e porque o são – cumprem necessariamente o requisito previsto do 280.º CC. No mesmo sentido, a promessa de casamento, contrato pelo qual duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio, é ferido de ineficácia e não de nulidade, como referido na epígrafe do artigo 1591.º do CC.

⁷⁴⁵ É paradoxal afirmar-se que a promessa unilateral não admitida pelo artigo 457.º do CC é contrária à lei porque é contrária a esse artigo.

⁷⁴⁶ PAIS DE VASCONCELOS ainda vai mais longe, escrevendo que a unilateralidade não colide com a Lei, nem com a Moral, nem com a Natureza (*Teoria Geral*, p. 442).

⁷⁴⁷ Quanto aos negócios abstratos é necessária expressa permissão legal – cfr. GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 665.

⁷⁴⁸ Contrariamente, certa doutrina defende a ideia de que a função económico-social dos negócios jurídicos se afigura como um elemento externo (para um resumo dos fundamentos, DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 74-5).

Nesta sede, o ordenamento jurídico considera (estranhamente) que, apesar de não existir desconformidade com a lei, ordem pública ou bons costumes, apenas para proteção dos nubentes, se opta pela ineficácia do ato⁷⁴⁹.

Como procurei demonstrar no Capítulo II, a promessa, na sua verdadeira aceção é, por excelência, a partícula atómica geradora de obrigações jurídicas. Ela vincula – ou pretende vincular – o promitente à prática do ato previsto. A questão da sua eficácia jurídica é atribuída pelo ordenamento jurídico que contempla normas permissivas e/ou injuntivas quanto à(s) estrutura(s) formativo-discursivas a adotar: monólogos – promessas unilaterais – e diálogos – promessas sob condição de aceitação⁷⁵⁰. Mesmo nos casos dialogantes, verifica-se que a influência perpetrada pelo princípio do contrato no acervo promissório se reconduz à suspensão dos efeitos obrigacionais contidos neste (até verificação da condição de aceitabilidade)⁷⁵¹. Faça-se notar que este conceito de promessa equivale a (*P*). Nestes casos, a declaração promissória (*dp*), se tiver natureza de proposta contratual, contempla situações jurídicas diferentes (direito potestativo e sujeição) e pode originar até, num segundo momento, obrigação de indemnização nos termos do artigo 227.º do CC; mas (*P*) está inexoravelmente contida no seu enunciado através da força ilocutória (*p*). A verificação de uma determinada

⁷⁴⁹ A promessa de casamento, sendo um negócio bilateral, pode gerar obrigações civis (e não naturais) se, por exemplo, e independentemente da ineficácia genérica do acordo, um dos contraentes – sem motivo justificado – “romper” a promessa; nestes casos, a contraparte tem de ser indemnizada pelos prejuízos (artigo 1594.º do CC). Este facto não altera em nada as conclusões a que chego porquanto é perfeitamente justificável tal regime jurídico tendo em conta a confiança depositada na contraparte e nas despesas que houverem sido feitas em consequência desse contrato, como sucede na preparação do dia do casamento. Aqui, a ineficácia não é total, apenas (maioritariamente) parcial.

⁷⁵⁰ *Mutatis mutandis*, a aposição de uma condição suspensiva (em sentido próprio) é comumente considerada pela doutrina como o exemplo clássico de ineficácia jurídica em sentido estrito (cfr., por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 366-7; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 510). Certo é que ambas as situações são dificilmente comparáveis porque a condição suspensiva em sentido próprio resulta de uma auto-regulação de interesses querida pela(s) parte(s) com base no princípio da autonomia privada e da autodeterminação. Não é, rigorosamente, uma imposição ou orientação do ordenamento jurídico.

⁷⁵¹ Já o *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, vol. I, 5, §4, indicava que a formação de um contrato decorre de uma promessa validamente aceite (KOCH, *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*, p. 68).

estrutura formativa do negócio jurídico é um problema de eficácia jurídica, na medida em que é um fator interno do ordenamento, mas uma externalidade face ao conteúdo negocial. Neste sentido, é possível afirmar que a validade de promessas unilaterais não é verdadeiramente um problema relacionado com o princípio da tipicidade (ou taxatividade) dos negócios unilaterais obrigacionais. As questões de validade aplicam-se, *mutatis mutandis*, de forma igual para promessas unilaterais como para os contratos. O artigo 457.º do CC não manietta, de um ponto de vista ontológico, a autodeterminação do promitente; apenas obsta a que os efeitos pretendidos se produzam, prevendo uma ineficácia originária e total das promessas unilaterais que não caem dentro do seu escopo. Para além disso, tendo em conta que tais promessas – válidas, mas ineficazes – são dotadas de jurisdição intrínseca, conclui-se pela não aplicação do regime das obrigações naturais (artigos 402.º a 404.º do CC). Há uma obrigação jurídica que é ineficaz e não um “mero dever de ordem moral”, não vigorando um regime residual.

2. ANÁLISE CASUÍSTICA

2.1. RECONHECIMENTO DE DÍVIDA E PROMESSA DE CUMPRIMENTO

2.1.1. ENQUADRAMENTO

Não seria possível deixar de referir as figuras do reconhecimento de dívida e da promessa de cumprimento no quadro da disciplina da vinculação unilateral, ainda que, como se verá, a primeira não contempla natureza promissória e, quanto à segunda, tal aspeto é meramente aparente. Ambas são habitualmente tratadas no quadro do direito das obrigações, em particular, no âmbito dos negócios unilaterais⁷⁵², independentemente da discussão doutrinária em torno da sua

⁷⁵² Cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 691 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 464 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 270 e ss. Ver também, VAZ SERRA, “Negócios abstractos”, pp. 5 e ss.; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 442.

natureza negocial. A inserção do artigo 458.º do CC no âmbito na secção relativa aos negócios unilaterais obrigacionais segue, *grosso modo*, o modelo italiano (artigo 1988 do *codice*)⁷⁵³. A crítica a esta posição sistemática não é novidade doutrinária em Portugal⁷⁵⁴. Tal crítica não incide propriamente sobre a tese unilateralista⁷⁵⁵, mas no que diz respeito aos efeitos constitutivos (obrigacionais). Não analisarei detalhadamente todos os elementos e consequências jurídicas provenientes do artigo 458.º do CC; regra geral, eles estão relativamente bem sedimentados na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Focar-me-ei no enquadramento dogmático das figuras no quadro da teoria dos negócios jurídicos unilaterais com especial atenção para o conteúdo promissório – aparente ou não – da promessa de cumprimento, em função da acima proposta teoria da promessa. O meu objetivo é o de verificar se há ou não – e em caso afirmativo, em que circunstâncias – atribuição de um direito de crédito, direto ou indireto, do “ato promissório” mencionado no artigo 458.º do CC.

O facto destes negócios jurídicos serem conjuntamente analisados não é indicativo de uma plena equivalência concetual, pese embora os efeitos previstos sejam relativamente idênticos. “Prometer cumprir” não parece ser, à primeira vista, equivalente a “reconhecer uma dívida”. Alguns juristas tendem a confundir os seus

⁷⁵³ O artigo 1988 do *codice* tem a seguinte redação: “*la promessa di pagamento o la ricognizione di debito dispensa colui a favore del quale è fatta dall’onere di provare il rapporto fondamentale. L’esistenza di questo è presunta fino a prova contraria*”. Cfr. D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, pp. 427 e ss.; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 98 e ss.; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 81 e ss.; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, pp. 668 e ss.; FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, pp. 79 e ss.

⁷⁵⁴ GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 181; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 464-5.

⁷⁵⁵ O direito alemão opta por tratar separadamente os negócios de promessa de dívida e reconhecimento de dívida (respetivamente, §§780 e 781 do BGB). Este ordenamento acolhe a tese contratualista de ambos os negócios jurídicos (BUCK-HEEB, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp.1650 e ss.; PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 1245 e ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 636-9). Nas famílias de *common law*, por seu turno, o *acknowledgement of debt* tem sempre natureza contratual, independentemente de ser elaborado através de um documento escrito assinado pelo *debtor*, sendo encarado como um *credit agreement* – vide a decisão do *High Court* da África do Sul, *Friend v. Sendal* (A973/2010, 24425/2009) [2012] ZAGPPHC 162.

efeitos com a sua natureza jurídica⁷⁵⁶, mas identidade *quoad effectum* não pode nem deve ser entendida como identidade *quoad naturam*. Na esteira austiniana, enquanto o primeiro caso parece configurar um enunciado performativo, já o segundo, por seu turno, assenta num enunciado constativo. O enunciado da promessa de cumprimento, através da sua aparente força ilocutória, evidencia *prima facie* a constituição de um vínculo jurídico-obrigacional, o que não sucede no reconhecimento de dívida nos termos do qual se verifica uma mera declaração de ciência, independentemente da sua validade material. Veremos agora que, na verdade, o problema é ligeiramente mais complexo.

2.1.2. RECONHECIMENTO DE DÍVIDA

A. ESTRUTURA DECLARATIVA E CONTEÚDO SEMÂNTICO

O reconhecimento de dívida consiste no negócio unilateral jurídico-declarativo nos termos do qual uma pessoa (jurídica), no quadro de uma relação obrigacional, afirma (reconhece, confessa, declara, assume, indica, refere...) encontrar-se na posição passiva de devedor. O reconhecimento de dívida consagra na sua essência uma declaração de ciência⁷⁵⁷, o que lhe retira qualquer natureza de *promessa*. A sua declaração está sujeita ao binómio da veracidade (v/f) através do qual se verifica – apenas e só – uma alteração do pré-existente *status quo* no sentido equivalente à inserção da própria declaração nesse mesmo (*sq*), sem qualquer emergência de um elo obrigacional. E é porque a declaração tem uma natureza ontologicamente constativa que a aferição dos critérios de veracidade retira uma eventual emergência obrigacional a quaisquer declarações de

⁷⁵⁶ AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 36; CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 91 e ss.; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 98 e ss.

⁷⁵⁷ AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 36.

reconhecimento de dívida falsas. A verificação concreta da falsidade resulta na ineficácia do negócio⁷⁵⁸, mas a sua eficácia não está dependente de prova. Se, em (t_2), o declarante assume ter uma determinada dívida em (t_1), ainda que esta declaração seja falsa, tal ato, por si só, parece não ser constitutivo de uma obrigação em (t_2); isto assim será independentemente da ineficácia decorrente da abstração negocial⁷⁵⁹ ou de causa presumida⁷⁶⁰, mas porque de acordo com a interpretação do enunciado não há elementos semânticos através dos quais se possa inferir uma força ilocutória de promessa. Esta conclusão é independente dos efeitos atribuídos pela lei que, como veremos em especial para a promessa de cumprimento, podem assumir natureza constitutiva, ainda que indireta e presuntivamente, e sempre em relação a um vínculo pretérito⁷⁶¹.

Este negócio não tem caráter promissório por preterição de outros elementos característicos para além da ausência da referida força ilocutória. O reconhecimento de dívida não obriga o declarante à prática de um ato futuro, não se produz qualquer efeito obrigacional direto (constitutivo, modificativo ou extintivo)⁷⁶²; apenas se declara a existência de um vínculo obrigacional⁷⁶³ – eficácia negocial declarativa⁷⁶⁴. A indicação do vínculo jaz numa realidade

⁷⁵⁸ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ Assim, por exemplo, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 466; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 693.

⁷⁶¹ As conclusões que, a este respeito, se retirarem da promessa de cumprimento, aplicar-se-ão, *mutatis mutandis* ao reconhecimento de dívida.

⁷⁶² Neste sentido, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 181; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 463-4.

⁷⁶³ Desde CARNELUTTI que se discute na doutrina italiana a possibilidade de estender o conceito de reconhecimento de débito a situações jurídicas reais (CARNELUTTI, “Confessione e ricognizione”, p. 236; CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 130-1), entenda-se, reconhecimentos negativos de situações reais – “declaro não ter o usufruto da fração autónoma”, “reconheço não ter o direito de propriedade sobre determinada coisa”, “certo bem não está empenhado a meu favor”. A relevância desta problemática só se colocará perante uma eventual “acareação” entre o regime jurídico do reconhecimento de dívida (*hic: negativo*) e os efeitos decorrente da confissão, sem prejuízo do seu efeito útil se encontrar mitigado em situações de necessidade de registo.

⁷⁶⁴ Acompanhando, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 693.

subjacente que se encontra sujeita à análise das condições de veracidade. Tal realidade é concebida pela lei como relação fundamental, de eficácia obrigacional, nos termos da qual o declarante assume a posição passiva (devedor). Esta relação não tem de se restringir a situações jurídicas obrigacionais baseadas na autonomia privada (embora sejam estas que ora nos preocupam); pode estar em causa uma obrigação que derive de uma outra fonte, por exemplo, o ressarcimento de danos. Neste sentido, a estrutura do reconhecimento de dívida segue o seguinte modelo descrito na terceira pessoa:

(α): (A) reconhece ser devedor de (z)

O enunciado do reconhecimento comporta, na sua situação mínima, apenas dois elementos: o sujeito e o complemento direto. O sujeito (A) corresponde ao declarante que não tem (impreterivelmente) de ser o efetivo devedor da prestação reconhecida porquanto a referência à relação fundamental torna irrelevante o resultado da aferição de veracidade para efeitos de completude e eficácia. O segundo elemento relaciona-se com o objeto que, neste caso, é o próprio reconhecimento de uma dívida pretérita. Embora de natureza confessória⁷⁶⁵, tal objeto não se confunde com a figura da confissão⁷⁶⁶ regulada pelo artigo 352.º do CC⁷⁶⁷: esta apenas se refere ao reconhecimento de um facto desfavorável ao declarante enquanto meio de prova⁷⁶⁸ – não deixa de ser um ato jurídico unilateral,

⁷⁶⁵ Assim, STJ, processo n.º 376/08.1TBOFR-A.C1, de 22-01-2013 (NUNO CAMEIRA). Embora seja esta a linha de posição do STJ, é possível verificar pouco rigor terminológico no que toca ao uso técnico do termo “confissão”, que muitas vezes serve tanto de referência para o ato de natureza substantiva como os efeitos processuais que dele derivam – veja-se, STJ, processo n.º 4719/10.0TBMTS-A.S1, de 10-11-2011 (ALVES VELHO).

⁷⁶⁶ Contra, MAISTO, *Promesse unilateral*, pp. 83-4, que desconsidera o argumento formalista segundo o qual a posição sistemática do reconhecimento de dívida indicia a natureza negocial deste ato jurídico – amplamente considerado. E segue, apresentando justificações para a posição adotada extraídas de exemplos de incapacidade accidental, confundindo, no meu entendimento, o conceito de negócio jurídico com a natureza da declaração negocial. A declaração negocial do negócio unilateral pode, por vezes, ser meramente constatativa o que não impede, naturalmente, a performatividade do negócio.

⁷⁶⁷ Sobre a confissão judicial, vide por todos, LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*.

⁷⁶⁸ O reconhecimento de dívida constitui título executivo nos termos do disposto no artigo 703.º do CPC.

mas não tem, ao contrário do ato de reconhecimento de dívida, cariz negocial⁷⁶⁹. A declaração confessória surge como consequência e não como objeto do próprio ato de reconhecimento.

A ausência do complemento indireto evidencia, na minha opinião, dois aspetos fundamentais. Primeiro, a desnecessidade de identificação da figura do credor da relação subjacente (declaração não-recipienda)⁷⁷⁰; na fórmula acima apresentada, (z) representa a dívida pretérita (a relação subjacente), nos termos da qual estará incluída, em segundo grau, a identificação do credor. Para além disso, evidencia também que a recetividade da declaração negocial do reconhecimento de dívida não é pressuposto essencial da sua eficácia. Existindo declaratório, este poderá assumir diversas posições não tendo, portanto, de se resumir à posição de credor da relação subjacente. Com efeito, um determinado reconhecimento de dívida pode ser dirigido a um terceiro⁷⁷¹, seja este interessado ou não, ou poderá até em última instância, não ter qualquer destinatário referenciado. A constituição e eficácia do negócio não se encontra ontologicamente dependente da verificação de um alocutário colocado na posição ativa da relação obrigacional subjacente (real ou hipotética). Tal posição não se mostra incompatível com a teleologia do ordenamento jurídico civil português no tocante à exigibilidade de determinação da pessoa do credor (artigo 511.º do CC), na medida em que o reconhecimento de dívida não se confunde com a relação por ele referida. O entendimento oposto mostrar-se-ia contraditório com a sua natureza constatativa da declaração. A demonstração da falsidade (da declaração) não afeta a validade do negócio: para além de poder gerar situação de responsabilidade civil⁷⁷², a falsidade ou erroneidade atribui ineficácia jurídica ao reconhecimento de dívida⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Assim também, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 313.

⁷⁷⁰ Contra, DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 114-5; BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 427. Este autor justifica a natureza recepienda do reconhecimento de dívida (e da promessa de cumprimento) com o facto de ser um negócio jurídico (e não um ato jurídico simples).

⁷⁷¹ Contra, Cass. 20-01-2006, n.º 1101.

⁷⁷² MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 693.

⁷⁷³ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271.

Finalmente, cumpre mencionar que o texto não necessita de se encontrar incorporado num título⁷⁷⁴. Esta conclusão resulta de uma interpretação do regime legal que, ao ser omissivo quanto a este aspeto em particular, não promove tal restrição. Qualquer tentativa de justificar a aplicação do regime do artigo 457.º CC, manietado pelo fleumático princípio do *numerus clausus*, encontra-se, salvo melhor opinião, manifestamente equivocada quanto à natureza puramente constativa – e por isso não-promissória – da declaração negocial. A única exigência é a de que o negócio unilateral deve constar de documento escrito, se outras formalidades não forem exigidas para a prova da relação fundamental (artigo 458.º/2 do CC). Isto significa que o reconhecimento de dívida está sujeito a forma escrita, constituindo, regra geral, prova documental através de documento particular (artigos 373.º e ss. do CC) ou, se a relação fundamental exigir maiores formalidades – por exemplo, escritura pública –, a prova será feita por documento autêntico (artigos 369.º e ss. do CC).

B. O RECONHECIMENTO NEGATIVO DE DÍVIDA E O NEGÓCIO REMISSIVO

Sendo o reconhecimento de dívida um negócio praticado pelo devedor que se reconduz a uma declaração de existência de uma relação fundamental com efeitos obrigacionais, ele não se confunde com o seu ato reflexo, ou seja, a declaração, por parte de um (ex-)credor, segundo a qual se declara a não-existência de uma determinada obrigação. A estrutura de um reconhecimento negativo de dívida pode ser descrita do seguinte modo:

(α): (A) declara que (B) não é devedor de (z)

Está implícito que a dívida (z) compreende um elo obrigacional entre (A), credor e (B), devedor. Esta declaração negativa consagra igualmente um enunciado

⁷⁷⁴ Em sentido oposto parece apontar o STJ, processo n.º 4719/10.0TBMTS-A.S1, de 10-11-2011 (ALVES VELHO)].

constatativo sujeito a critérios de veracidade, mas ao contrário do que sucede no reconhecimento (positivo) de dívida, é desde logo perceptível a natureza recepienda da declaração e bem assim, a exigibilidade da identificação subjetiva do destinatário, aqui contraparte e devedor da obrigação referida. Embora seja este o arquétipo delimitado pelas fontes mediatas, a verdade é que nada justifica tal exigência, admitindo-se, em minha opinião, a omissão enunciativa do sujeito passivo. Neste caso, a fórmula inverte-se no sentido ativo⁷⁷⁵:

(β): (A) declara que não é credor de (z)

A verificar-se uma situação prévia de dívida exigível, a declaração não produz efeito extintivo da relação obrigacional a que se refere porque, no direito português, a tese unânime é a de que a extinção de uma obrigação por via remissiva assume natureza contratual; quando esta é uma liberalidade, é havida como doação (artigo 863.º do CC)⁷⁷⁶. Os efeitos decorrentes deste tipo de declarações são vários e dependerão do conteúdo concreto das mesmas⁷⁷⁷. Contrariamente ao

⁷⁷⁵ Este modelo mais sofisticado comporta ainda outra ténue característica que importa assinalar. Enquanto que em (α) o núcleo do enunciado gravita em torno do sujeito passivo, já em (β) ele concentra-se no lado do declarante, presuntivo credor. Embora irrelevante, esta pequena diferença corrige um aparente preconceito quanto à projeção da declaração no acervo jurídico do devedor, parecendo afetá-lo de forma menos intensa. Neste sentido, a afirmação na segunda pessoa “deixas de ser devedor” aponta para uma ingerência mais dinâmica na esfera do devedor do que uma declaração com o mesmo conteúdo enunciada na primeira pessoa – “deixo de ser credor”. Nada mais são do que enunciados diferentes com efeitos iguais.

⁷⁷⁶ A doutrina e jurisprudência portuguesas utilizam com alguma frequência a expressão “remissão abdicativa” para se referirem à extinção de direitos de créditos feitos de acordo com os artigos 863.º e ss. do CC –na jurisprudência, STJ, proc. n.º 274/07.6TTBRR.S1, de 25-11-2009 (SOUSA GRANDÃO); STJ, proc. n.º 884/07.1TTSTB.S1, de 10-12-2009 (PINTO HESPANHOL); TRE, proc. n.º 601/09.1TTFAR.E1, de 24-03-2011 (JOÃO LUÍS NUNES). Esta linha acompanha a antiga e ainda usada expressão “renúncia abdicativa” (*vide* PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil*). Penso que é uma expressão infeliz que incorpora uma petição de princípio porquanto a remissão é sempre, por definição, abdicativa (dispositiva) de um direito de crédito. Para além disso, ainda que fosse justificável o recurso a este adjetivo, tal só faria sentido perante a verificação de outra espécie de remissão, o que não sucede. Opto, por isso, por usar a expressão “renúncia ao (ou remissão do) direito de crédito”.

⁷⁷⁷ Estas declarações negativas de reconhecimento de dívida poderão servir como elementos de prova, fazendo prova plena se for emitida por documento particular (artigo 376.º do CC) reconhecida a autoria nos termos legais ou por confissão (artigos 352.º e 358.º do CC), ou servirão elemento probatório para efeitos de livre apreciação do julgador, mas jamais terão como efeito – direto ou indireto – o *terminus* de uma relação jurídica obrigacional. Um exemplo característico de um reconhecimento negativo de dívida é o ato de *quitação* (artigos 786.º e 787.º do CC). O

reconhecimento (positivo) de dívida, o reconhecimento negativo configura um simples ato unilateral porque não tem carácter inovatório. Este é o primeiro motivo pelo qual estas declarações não deverão ser qualificadas, *tout court*, como renúncias a direitos de crédito (negócios unilaterais): é tradicionalmente assente que a renúncia a um direito de crédito é inoperante no direito português⁷⁷⁸. O segundo motivo tem que ver com o objeto declarativo que, nos casos do

cumprimento da obrigação de quitação não tem como efeito a extinção da obrigação em causa, apenas servindo como meio de prova do cumprimento (VAZ SERRA, “Do cumprimento como modo de extinção de obrigações”, pp. 116 e ss.; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 1024-6).

⁷⁷⁸ Afasto-me dos autores que consideram que a única exceção ao princípio da irrenunciabilidade de direitos de crédito se encontra estabelecida no âmbito do instituto da *negotiorum gestio*, *maxime* no que concerne à aprovação da gestão por parte do *dominus* que, de acordo com o disposto no artigo 469.º/1 do CC, “implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor” (assim, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 1269). Entendo ser necessário interpretar este preceito de acordo com perspectiva do ato de aprovação e daí partir, num segundo momento, para os seus efeitos. O ordenamento jurídico atribui ao *dominus* a faculdade de aprovar a gestão de negócios, sabendo que, se não o fizer, o gestor responderá perante aquele pelos danos por ele culposamente causados no exercício da gestão (artigo 466.º/1 do CC). Ao contrário do entendimento maioritário, considero que, verificados todos os pressupostos da responsabilidade, o direito à indemnização por danos causados pelo gestor no âmbito da gestão não nasce no momento da prática do facto danoso (contrariamente, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 466; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 486), nem tão-pouco, constituindo-se em tal momento, a sua exigibilidade se encontra condicionada à verificação de um facto futuro e incerto: a verificação da irregularidade da gestão. O momento da prática do facto danoso apenas abre a possibilidade abstrata da obrigação de indemnização. Não deixa de ser verdade que o direito indemnizatório se torna exigível no momento em que a gestão se qualifica, no caso concreto, como irregular, mas é exatamente nesse momento que o vínculo obrigacional *ex lege* se constitui. Ora, a irregularidade da gestão – desconformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do *dominus* – não opera automaticamente, ela encontra-se funcionalmente dependente da não-aprovação daquela. A aprovação (ou não-aprovação) da gestão é uma *faculdade* atribuída ao *dominus* que não tem, por isso, o ónus – nem tão-pouco a obrigação – de a praticar. A não-aprovação, ainda que tácita (feita, por exemplo, através do pedido do *quantum* indemnizatório), resulta na qualificação da gestão com *irregular* fazendo emergir, *op legis*, o direito ao ressarcimento. É preciso notar que a lei não faz presumir, ainda que *iuris tantum*, a irregularidade da gestão em alguma circunstância. Por este motivo é que considero não existir, aquando do ato de aprovação, a renúncia (antecipada) ao direito de indemnização (neste sentido, também, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 190). Ainda que se considerasse tal obrigação indemnizatória constituída na esfera jurídica do gestor no momento da prática do facto danoso, estando a sua exigibilidade dependente da verificação dos pressupostos da irregularidade, continua a não existir propriamente um verdadeiro negócio jurídico de renúncia aquando do ato de aprovação. Neste sentido, o ordenamento jurídico atribui automaticamente determinados efeitos jurídicos ao ato unilateral (e não negócio) de aprovação, que não resultam rigorosamente da vontade do atuante. Tais efeitos – na medida em que não são produzidos no enunciado do ato de aprovação, mas decorrem da consequência legal da existência e eficácia do mesmo – jamais poderão assumir natureza negocial.

reconhecimento negativo de dívida não se confunde com ambos os negócios abdicativos: por via unilateral, renunciativos, e por via contratual, remissivos. Nestes, produz-se um efeito modificativo do *status quo* – extinção de um direito real, pessoal ou de crédito; naqueles, indica-se como verdadeiro um determinado *status quo* – *hic*: a não-existência de uma prévia relação obrigacional. Por conseguinte, enquanto o reconhecimento negativo de dívida contempla um simples ato unilateral de natureza meramente constatativa, as declarações negociais tendentes à elaboração dos negócios de renúncia ao direito de crédito e remissão de dívida são dotadas de performatividade.

A opção do legislador português quanto ao regime adotado na temática da remissão de dívida, sob a égide indireta do princípio de irrenunciabilidade do direito de crédito, compreende fundamentos dogmáticos que espoletam – ingenuamente – consequências relevantes na posição assumida pelo ordenamento jurídico no que concerne à efetividade concreta da autonomia privada no âmbito da constituição, modificação e extinção de vínculos obrigacionais. O direito português optou por seguir o regime germânico vigente no §397 do BGB que considera que a remissão “pode operar” (“opera”) através de acordo entre as partes (*Erlassvertrag*)⁷⁷⁹⁻⁷⁸⁰. Contudo, esta similitude apenas se circunscreve à tradicionalmente adotada natureza dialogante do negócio remissivo porquanto no ordenamento jurídico alemão se admite, através de contrato, o reconhecimento negativo de dívida (*negatives Schuldanerkenntnis*) como causa extintiva da obrigação subjacente⁷⁸¹. De qualquer forma, a primeira tentativa de formulação de VAZ SERRA no que diz respeito à posição a adotar no CC quanto ao negócio de remissão de dívida seguiu o modelo italiano que, como se verá, refere que a dívida pode ser perdoada através de negócio unilateral emitido pelo credor. Só se previa

⁷⁷⁹ FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 206-7; PALANDT, *BGB Kommentar*, p. 606; PFEIFFER, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, p. 730. Em França, segue-se o mesmo regime (cfr. artigo 1350 do *code civil*, versão anterior à reforma; NSIE, *La remise de dette*).

⁷⁸⁰ Para um desenvolvimento histórico-legislativo, cfr. VAZ SERRA, “Remissão”.

⁷⁸¹ PFEIFFER, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, p. 730. São considerados negócios assertivos (cfr. LARENZ, *Schuldrecht*, I, p. 268).

a estrutura contratual quando o perdão de dívida tivesse caráter oneroso. Porém, a segunda revisão ministerial reviu este aspeto, aproximando-o da versão germânica que atualmente se encontra em vigor.

Recentemente, KLEINSCHMIDT – apoiado por uma velha crítica de LARENZ⁷⁸² – tentou reconstruir o §397 do BGB. Segundo o autor, tal preceito admite a possibilidade de remissão contratual, mas não impede o perdão de dívida por via unilateral, notando que a recente jurisprudência alemã muitas vezes *ignora* ou *ficciona* a aceitação do promitente⁷⁸³. Neste sentido, KLEINSCHMIDT defende a tese de que o §397 do BGB não contempla uma norma injuntiva, mas sim permissiva, posição essa que tem vindo a ser acolhida com agrado na doutrina alemã⁷⁸⁴. Argumenta também que há sinais no BGB que indiciam variações desta possibilidade, como sucede no §423, onde está mencionado que numa situação de pluralidade de devedores em regime de solidariedade, basta o acordo entre o credor e apenas um dos devedores solidários para extinguir toda a obrigação – tem, por isso, efeitos imediatos e unilaterais perante os devedores que não deram o seu consentimento. Acareando o artigo 863.º/1 do CC com o §397(1) do BGB não se pode deixar de notar, numa primeira análise, manifestas semelhanças: as suas epígrafes aludem à natureza contratual da remissão. Só que, enquanto a disposição alemã apenas se faz genericamente referência ao contrato de remissão, a portuguesa expressamente indica que a remissão *só* tem natureza contratual. Perante o direito nacional, uma conclusão oposta seria contraditória ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos de crédito, integrando o conceito de renúncia no negócio remissivo. Por outro lado, aceitar a possibilidade de interpretar o artigo 863.º/1 do CC no sentido de permitir remissões unilaterais esvaziaria o efeito útil desse preceito porque, se o mesmo permite que o credor possa – através de ato unilateral – perdoar a dívida, *a fortiori*, também o poderá fazer por mútuo acordo

⁷⁸² LARENZ, *Schuldrecht*, I, p. 267.

⁷⁸³ KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*, pp. 298 e ss.

⁷⁸⁴ ZIMMERMANN, “Europa und das Römische Recht”, p. 270; KRAMER, in AvVv, *Münchener Kommentar*, p. 55; STOLL, “Review of Der Verzicht im Schuldrecht”, p. 398.

com o devedor. E se a lei não prevê expressamente esta possibilidade, face ao texto do artigo ela é, *de iure condito*, inadmissível⁷⁸⁵. Em segundo lugar, a argumentação de KLEINSCHMIDT quanto ao §423 do BGB não singra no direito português. O artigo 864.º/1 do CC também indica que a remissão concedida a um devedor solidário – como resultado de um acordo entre este e o credor – libera os outros na parte do devedor exonerado. É verdade que o devedor solidário aproveita a remissão, mas só na parte do devedor liberado o que é totalmente compatível com o regime da solidariedade, nos termos da qual *todos* respondem de igual forma caso sejam chamados ao cumprimento da prestação. Não há uma rigorosa afetação unilateral de terceiro através da remissão porquanto é conferido direito de regresso ao devedor solidário que cumpre⁷⁸⁶. A divergência com o direito alemão assenta no facto de que a parte final do §423 do BGB apontar para a possibilidade do conteúdo do contrato celebrado entre o credor e um dos devedores solidários prever a extinção de *toda* a obrigação (“...wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten”). Verifica-se, portanto, uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos em que o terceiro afetado – devedor solidário – vê a sua dívida extinta por força do perdão feito a outro co-devedor. Tal situação não encontra paralelo no direito português.

Já no direito italiano, a (mera) declaração unilateral proferida pelo credor no sentido de extinguir uma determinada obrigação é bastante para fazer operar a remissão de dívida (artigo 1236 do *codice*). A tese unilateralista é quase unânime

⁷⁸⁵ Criticando o regime (imperativo) contratual da remissão, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, pp. 762 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, p. 220.

⁷⁸⁶ No caso de obrigações conjuntas o regime é diferente devido à sua própria natureza, pois há tantos vínculos quantos os sujeitos do lado plural da obrigação (ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 664), que os une pelo facto constituinte (em função da identidade dos sujeitos e objeto). E, como refere ANTUNES VARELA, constituída a obrigação plural, cada vínculo possui “vida autónoma”; por conseguinte, “cada um dos sujeitos pode dispor livremente do seu direito por cessão, remissão, compensação, etc.” (*Obrigações*, I, p.750). Assim, no direito português, qualquer acordo remissivo entre o credor e o devedor de uma obrigação parciária apenas faz extinguir a fração da obrigação a que a mesma diz respeito.

nas fontes mediatas italianas⁷⁸⁷. O argumento principal jaz na literalidade do artigo 1236 do *codice* que clarifica que “a declaração do credor de remitir a dívida extingue a obrigação quando é comunicada ao devedor (...)”. Por oposição, algumas vozes doutrinárias, encabeçadas por BETTI e acolhidas por SACCO e CARIOTA FERRARA, defendem uma tese contratualista, nos termos da qual a declaração mencionada por aquele preceito deverá ser encarada como proposta negocial cujos efeitos jurídicos extintivos pretendidos pelo proponente (credor) se encontrariam sujeitos a uma aceitação por parte do declaratório (devedor)⁷⁸⁸. A *rationale* é suportada pelo princípio de autonomia privada que, segundo tal doutrina, impõe que qualquer modificação da esfera jurídica de outrem tem de ser previamente consentida por este. A diatribe fugazmente se adensou e a resposta veio de forma rápida, tendo vingado, até ao momento, nas fontes mediatas italianas. Para além o argumento textualista, a tese unilateral reforçou-se com um contra-argumento apoiado no elemento sistemático que conclui pela inutilidade do artigo 1236 do *codice* reinterpretado no sentido da tese contratualista, porquanto tal consentimento mútuo quanto aos efeitos extintivos da obrigação reconduzir-se-ia à figura do *acordo revogatório*⁷⁸⁹.

2.1.3. PROMESSA DE CUMPRIMENTO

A. ENQUADRAMENTO DO PROBLEMA

Embora tratada no âmbito do reconhecimento de dívida – por força do malogrado desenho do artigo 458.º do CC –, a promessa de cumprimento consagra

⁷⁸⁷ FRANCESCHETTI, MARASCA, *Le obbligazioni*, pp. 321 e ss.; AAVV, *La giurisprudenza sul codice civile*, pp. 641 e ss. O problema do reconhecimento negativo de dívida e o negócio remissivo já se colocava em Itália na primeira metade do séc. XX como demonstra o estudo de NICOLÓ, “Il riconoscimento”, pp. 387 e ss. (ed. póstuma).

⁷⁸⁸ BETTI, *Teoria generale*, p. 294.

⁷⁸⁹ GIACOBBE, GUIDA, “Remissione del debito”, p. 775.

um negócio unilateral ligeiramente diferente e substantivamente autónomo face àquele. Infelizmente, este negócio não admite especial atenção quanto à sua definição em Portugal, mas mostra-se indispensável no que concerne à análise das figuras auto-vinculativas presentes no tráfego jurídico. A dedicação especial que aqui lhe tomo deriva do recurso à ideia de *promessa* inserida no *nomen iuris*.

Olhando para o texto do artigo 458.º/1 do CC, a promessa de cumprimento é vista como a *promessa de uma prestação* (“se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação...”). Esta tentativa de definição conceitual é pouco expressiva. Basta uma acareação com o artigo precedente para se concluir que em nada acrescenta à noção básica de promessa unilateral pois – auto-referencialmente – o artigo 457.º do CC concebe o negócio unilateral obrigacional como promessa unilateral de uma prestação. A questão que se coloca num primeiro momento é a de saber se existe ou não algum elemento característico da promessa de cumprimento que o identifique como *espécie* do *género* promessa unilateral; e se, a existirem particularidades, qual a relação com o conteúdo do ato prometido de forma a que se consiga extrair, perante o artigo 458.º do CC, algum *efeito útil*⁷⁹⁰ para além daqueles que também são atribuídos ao reconhecimento de dívida. Um olhar atento para a promessa pública, regulada pelo artigo 459.º do CC, permite concluir que esta apresenta certas características que a identificam como um *tipo* (especial) de promessa unilateral⁷⁹¹: a enunciação da declaração promissória mediante um anúncio público, a circunstância de alguém praticar um certo facto ou encontrar-se numa determinada situação a par da indeterminação genérica do beneficiário são, *grosso modo*, os paradigmas fixos deste negócio unilateral. Já o mesmo não parece suceder no que respeita à promessa de cumprimento.

A linha de pensamento dominante é a de que a promessa de cumprimento é um negócio unilateral que se encontra juridicamente conectado com sua relação

⁷⁹⁰ Para desenvolvimentos da *Wirksamkeitstheorie*, RAU, *Die Systematik der übertariflichen Zulage*, pp. 115 e ss.

⁷⁹¹ Cfr. *infra*, III, 2.2.5.

fundamental e que constitui a verdadeira *causa* do elo obrigacional⁷⁹², o que parece apontar, tal como se viu a propósito do reconhecimento de dívida, para uma eficácia negocial funcionalmente dependente da verificação da existência de um vínculo pretérito. A relação simbiótica da promessa de cumprimento com a relação subjacente leva a crer que o enunciado negocial se baseia, pelo menos, numa declaração de natureza hétero-constatativa, o que não faz florescer imediatamente uma incompatibilidade ontológica com uma eventual performatividade intrínseca. É, portanto, genericamente aceite⁷⁹³ que ela não contempla apenas uma declaração de ciência, tal como é unanimemente aceite que o artigo 458.º do CC não consagra, *ex lege*, efeitos constitutivos de natureza obrigacional⁷⁹⁴. No entanto, pese embora não haja qualquer indício textual no sentido afirmativo, é juridicamente arriscado, sem mais, assumir como válido um argumento *a contrario*. Tive oportunidade de demonstrar aquando da clivagem à figura da promessa que a sua base formativa parte de um enunciado de força ilocutória pautado de performatividade e referi que a díade “constatatividade, performatividade” não se baseia num modelo relacional maniqueísta porquanto as declarações promissórias comportam de um ponto de vista teleológico uma natureza performativa, e de uma perspetiva empírica uma natureza constatativa⁷⁹⁵. Neste sentido, elas compreendem necessariamente enunciados auto-constatativos e performativos⁷⁹⁶ e poderão também, a depender do caso concreto, evidenciar hétero-constatatividade, sem que disso resulte alguma patologia ontológica. Parece ser precisamente este o caso da promessa de cumprimento.

⁷⁹² ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 442; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 465; VAZ SERRA, “Negócios abstractos”, pp. 5 e ss.

⁷⁹³ *Vide*, no que toca a posições minoritárias, *infra*, III, 2.1.3, C.

⁷⁹⁴ Assim, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 181; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 464-5; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 442; ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 1135; FURNO, “Promessa di pagamento e ricognizione di debito”, p. 98; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 91 e ss.; GRAZIANI, “Le promesse unilaterali”, pp. 668 e ss.

⁷⁹⁵ GALE, “Do Performative Utterances have any Constative Function?”, pp. 117-21.

⁷⁹⁶ Relembro que a auto-constatatividade decorre funcionalmente da performatividade.

Pelo exposto, a minha preocupação prender-se-á com questões associadas ao objeto e aos efeitos jurídicos, *maxime* no que concerne à constituição de vínculos obrigacionais. Por conseguinte, dedicar-me-ei em primeiro lugar a saber se o próprio “ato de cumprir” pode ser, nos termos gerais, objeto de uma promessa. Este é um ponto nunca referido pela doutrina nem pela jurisprudência e a sua análise afigura-se bastante oportuna face ao texto da lei. Num segundo passo, tratarei dos efeitos pretendidos pelo 458.º do CC, o que me levará inexoravelmente ao problema da *causa*.

B. A PROPÓSITO: O CUMPRIMENTO COMO ELEMENTO DO ATO PROMETIDO

À primeira vista, promessa de cumprimento parece significar “prometer cumprir”. Neste campo, embora o legislador português tenha recebido, uma vez mais, influência direta do *codice* (e indireta do BGB), é de assinalar a opção pela utilização do substantivo *cumprimento* que consagra uma verdadeira – embora aparente – sofisticação em face do texto italiano que preferiu designar por “promessa de pagamento” (*promessa di pagamento*), ou mesmo o direito alemão onde o conceito de *Schuldversprechen* pode ser traduzido como “promessa de dívida”⁷⁹⁷. O cumprimento consubstancia a valoração jurídica do ato executório da relação obrigacional que envolve todos os atos materiais ou jurídicos necessários à extinção de uma certa obrigação⁷⁹⁸. Dentro desses atos, e a depender do caso

⁷⁹⁷ Assim o faz, por exemplo, VAZ SERRA, “Negócios abstractos”, pp. 5 e ss. Criticando opção do legislador italiano, SCALISI, “Negozio astratto”, p. 71.

⁷⁹⁸ Acolho a doutrina que qualifica o cumprimento como um (simples) ato jurídico cujo regime jurídico segue o disposto no artigo 295.º do CC, repudiando qualquer alusão a uma eventual natureza negocial (no mesmo sentido, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 220-1; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 992-3). Para desenvolvimentos, VAZ SERRA, “Do cumprimento como modo de extinção de obrigações”, pp. 116 e ss. Em Itália alguns autores defendem a ideia de que tanto o reconhecimento de dívida como a promessa de cumprimento são atos de cariz não-negocial (assim, FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, p. 85; SCALISI, “Negozio astratto”, pp. 70 e ss.).

concreto, encontrar-se-á o ato de pagamento⁷⁹⁹. Mas fora deste âmbito, é possível descortinar muitos outros. Sendo o cumprimento habitualmente definido como a “realização da prestação devida”⁸⁰⁰, é fundamental relacioná-lo com a teoria da promessa (unilateral) com objetivo de saber se os seus fundamentos são suscetíveis de acolher este “tipo” negocial. Tome-se a seguinte declaração:

(α): “*Eu prometo cumprir (x)*”

Entrando este enunciado no plano factual – independentemente da forma expressa ou tácita e os termos em que foi proferido – ele é *per si*, auto-constatativo (“o ser que faz ser”⁸⁰¹) sujeitando-se a futuras asserções sobre a sua própria existência. Adicionalmente, esta declaração tem força ilocutória de promessa – através da inclusão do verbo “prometer” – o que lhe confere, como já bem sabemos, natureza performativa. Mas como em breve veremos, a força ilocutória não é bastante para fazer nascer uma verdadeira promessa. Em último lugar, ela também é hétero-constatativa e é sobre este elemento que o problema da sua validade jurígena, enquanto promessa unilateral, se coloca. No modelo teórico que apresentei, verifiquei, na esteira de FERREIRA DE ALMEIDA, um dicroísmo intrínseco ao ato de prometer. Uma dessas óticas resulta precisamente na análise da promessa enquanto *previsão de um ato* com características de futuridade e incerteza, ao qual, simbolicamente, denominei por (z). Atente-se agora ao facto de que na declaração (α) não se faz qualquer referência a este elemento (z). Isto não significa, no entanto, que o ato prometido não se assume como pressuposto essencial porquanto tal compreensão mostrar-se-ia incompatível com a natureza

⁷⁹⁹ Sem prejuízo do que se dirá adiante, a livrança surge como exemplo tradicional da promessa de cumprimento – aqui, na vertente de promessa de pagamento (cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Títulos de Crédito*, pp. 105 e ss.). Curiosamente, nos sistemas jurídicos de *common law* utiliza-se o termo “*promissory note*” que evidencia, desde logo, o carácter promissório da declaração expressa no texto da livrança (cfr. CORBIN, *On Contracts*, §660-A; TREITEL, *The Law of Contract*, cap. XV, §046). TREITEL aproveita para estabelecer, no direito inglês a diferença entre a livrança – *promissory note* – e o reconhecimento de dívida – *acknowledgement of debt*, também conhecida como IOU (“*I owe you*”, “eu devo-te”).

⁸⁰⁰ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, p. 143.

⁸⁰¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 445.

da promessa. A única razão que justifica a sua omissão tem que ver com a aparente especificidade de conteúdo desse elemento no negócio em análise e que decorre do *nomen iuris*.

Não há dúvida que o texto negocial da promessa de cumprimento alude a um vínculo obrigacional pretérito⁸⁰² que será real ou ficcional por força da sua já conhecida natureza hétero-constatativa. Tal referência é feita através da inclusão de (x) no seu enunciado. Ao contrário do que possa parecer, na declaração (α) , proferida em (t_2) , (x) não corresponde ao ato prometido (z) de uma (dp) feita em (t_2-x) porque não se “cumprem” atos prometidos, e também não corresponderá rigorosamente ao negócio que lhe constitui *causa* na medida em que – pelo menos nos ordenamentos jurídicos de *civil law* – é errado afirmar-se que se “cumprem” negócios jurídicos obrigacionais⁸⁰³. Por conseguinte, este elemento é, em sentido imediato, a prestação contida na relação fundamental e, mediatamente, o elo

⁸⁰² Note-se que a presente análise se relaciona apenas com casos de obrigações pretéritas *ex voluntate*, mas as conclusões extraídas aplicar-se-ão, *mutatis mutandis*, a promessas de cumprimento referentes a obrigações *ex lege*. Não há nada que obste à validade de negócios com características de promessa de cumprimento sobre relações fundamentais nos termos das quais o vínculo referencial é, por exemplo, uma obrigação de indemnização resultante de responsabilidade civil aquiliana.

⁸⁰³ As declarações “o contrato foi incumprido” ou “o cumprimento do negócio foi feito no momento (t) ”, entre outras, são muito comuns na linguagem jurídica das famílias de *civil law* [veja-se, por exemplo, STJ, proc., n.º 2984/04.0TBCSC.L1.S1, de 26-06-2012 (GARCIA CALEJO); STJ, proc. n.º 03B4157, de 26-06-2003 (ARAÚJO BARROS)]. Isto é resultado de uma confusão entre o negócio e os efeitos jurídicos por ele produzidos. Atente-se no caso do cumprimento da obrigação decorrente de um contrato a favor de terceiro depois da morte do promissário. A lei, inadequadamente, utiliza a expressão “promessa a cumprir” na epígrafe do artigo 451.º do CC. Na verdade, não será *promessa a cumprir* depois da morte do promissário, mas rigorosamente, *obrigação* (decorrente da promessa) *a cumprir* após esse facto. Sendo o cumprimento a realização da prestação devida ou o ato executório do vínculo obrigacional, só fará sentido correlacioná-lo com a própria obrigação e não com o negócio que a faz emergir. Isto aplica-se a todos os negócios obrigacionais, entenda-se, contratos bilaterais, contratos unilaterais e bem assim, negócios jurídicos unilaterais, porquanto, quanto a estes últimos, pese embora haja uma relação simbiótica entre a declaração promissória e o negócio, este não se confunde com os seus efeitos. Já nas famílias de *common law*, e após a alavancagem doutrinal de FRIED, a convergência semiótica entre a *promise* e o *contract (covenant, agreement)* é tão intensa que este serve de acolhimento às vicissitudes eventuais que aquela possa sofrer no decorrer da sua eficácia (cfr. FRIED, *Contract as Promise*; com ajustes e desenvolvimentos, ATIYAH, *Essays on Contract*, pp.10-56; em sentido oposto, estabelecendo uma diferença instrumental entre as duas figuras, KIMEL, *From Promise to Contract*).

obligacional inserido no quadro da auto-regulação de interesses proferido pela ou pelas partes. Portanto, em (α) , (z) significa “*cumprir (x)*”. É preciso realçar que quando me refiro ao objeto do ato prometido não pretendo traçar algum paralelismo com o “objeto do negócio”, mas apenas fazer referência à concretização da prestação devida enquanto elemento necessário do vínculo obrigacional, enquadrada no âmbito da função eficiente do negócio⁸⁰⁴. Definido o *quid*, resta saber da sua validade jurídica.

Como referi no Capítulo II, o ato prometido apresenta-se como elemento objetivo de uma promessa. Ele representa o conteúdo da prestação devida cuja realização é juridicamente descrita através do cumprimento e que, nos termos do artigo 397.º do CC, consagra, também, o elemento objetivo do conceito de obrigação. O ato prometido tem de ser originariamente possível sob pena de nulidade (artigo 401.º CC), pode ser positivo ou negativo (artigo 398.º/1 do CC), pode consistir na prestação de coisa futura (artigo 399.º do CC) ou ser, inicialmente, incerto (artigo 400.º do CC), mas ele terá *sempre* de consistir num ato em sentido próprio. Isto significa que pertencerá inexoravelmente ao plano do *ser* – pagar uma certa quantia, entregar uma coisa, realizar uma obra, *etc.* Note-se que tanto os atos prometidos negativos e os atos positivos auto-regulatórios pertencerão ao mesmo plano: quanto àqueles, os não-atos – abster-se de um comportamento⁸⁰⁵ – a sua inclusão faz-se através da aferição negativa de uma realidade fática; quanto a estes, ainda que produzam efeitos jurídicos normativos – e porque são atos performativos – terão impreterivelmente uma justificação de existência naquele universo. O passo subsequente à verificação factual é a inserção do resultado na equação produzida no quadro auto-vinculante enunciado pela declaração promissória. Esta operação de conformidade ou desconformidade liga o plano do *ser* ao plano meta-fático donde se extrairá uma conclusão puramente

⁸⁰⁴ Neste sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 602.

⁸⁰⁵ TREITEL, *The Law of Contract*, cap. XIV, §037.

jurídica⁸⁰⁶ – *hic*: adimplência, inadimplência, cumprimento parcial, *etc.* Consequentemente, não é concebível entender a promessa de cumprimento no sentido de “prometer cumprir” porquanto esta perspectiva é errática no que respeita ao seu conteúdo objetivo, *maxime* à natureza do ato prometido. Pertencendo o cumprimento ao plano meta-factual, este nunca poderá ser objeto de declarações promissórias⁸⁰⁷.

C. INANIDADE, ACERTAMENTO E CAUSA PRESUMIDA

A impossibilidade ontológica que ficou demarcada no ponto anterior leva à aposição de uma segunda hipótese: o negócio de acertamento.

Através das contribuições de FALZEA e BETTI, *inter alia*, foi aparecendo no direito italiano, no quadro do reconhecimento de dívida e promessa de cumprimento, alusões à figura do *negócio de segundo grau* (*negozio di secondo grado*), negócio sem atribuição patrimonial⁸⁰⁸: é o equivalente, para o jurista

⁸⁰⁶ Refiro-me ao clássico processo (*Subsumtion*) de subsunção nos termos do qual se eleva a fatispécie (*Tatbestand*) à semântica jurídica, retirando-se a concreta consequência jurídica (*Rechtsfolge*). Vide, HORN, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, pp. 114 e ss.; para uma análise silogística da operação, VOGEL, *Juristische Methodik*, pp. 173 e ss.

⁸⁰⁷ Esta conclusão é extensível a outras situações como sucede por exemplo com o regime da impugnabilidade dos atos praticados pelo devedor que poderão estar sujeitos a impugnação pauliana nos termos dos artigos 610.º e ss. do CC. O artigo 615.º/2 do CC, indica que “o cumprimento da obrigação vencida não está sujeito a impugnação, mas é impugnável o cumprimento tanto da obrigação ainda não exigível como da obrigação natural”. Seguindo a mesma lógica, não é correta a afirmação segundo a qual se impugna, *tout court*, o cumprimento. A impugnação pode ser de facto ou de direito, mas quando é de direito, refere-se a contradições no tocante a qualificações jurídicas – assim, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, p. 93 – e não com o efeito pretendido com a própria impugnação sobre um determinado efeito que a lei determine. Desta forma, a alusão à impugnação do cumprimento de acordo com o artigo 615.º/2 do CC deve ser interpretada como impugnação dos atos praticados pelo devedor que, de acordo com o conteúdo obrigacional, o ordenamento jurídico identifique como cumprimento (no mesmo sentido, implicitamente, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 626).

⁸⁰⁸ BETTI, *Teoria generale*, p. 249; FALZEA, “Ricerche di teoria generale del diritto”, pp. 147 e ss. O artigo 1321 do *codice* estabelece a noção de contrato (*contratto*): “acordo de duas ou mais partes para a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica patrimonial”. Sendo a atribuição patrimonial uma característica do contrato, a doutrina italiana, sentindo-se manietada

português, ao negócio jurídico acessório, instrumental ou auxiliar⁸⁰⁹. Na generalidade dos casos são negócios unilaterais celebrados no exercício de um direito atribuído *ex lege* ou *ex voluntate*, funcionalmente dependentes de uma relação fundamental: resolução contratual, modificação unilateral do conteúdo negocial, denúncia, interpelação, renúncia, ratificação, entre muitos outros.

Dentro deste género, estabelece-se ainda uma sub-modalidade, *negozio di accertamento*⁸¹⁰ ou “negócio de fixação unilateral” sobre o qual se discute a inclusão da promessa de cumprimento e, em especial, o reconhecimento de dívida⁸¹¹. Esta categoria negocial compreende negócios interpretativos e integradores de negócios ou outras relações jurídicas pré-existentes baseadas na autonomia privada. O *negozio di accertamento* é um negócio recognitivo (de reconhecimento), ou seja, possui apenas uma declaração de ciência (natureza constatativa). Por este motivo, alguns juristas – minoritários – defendem que não se poderá atribuir natureza negocial: ele pertencerá à categoria dos simples atos unilaterais⁸¹². Por outra banda, na medida em que na generalidade dos casos o negócio de “acertamento” tem como objetivo a resolução de um problema de *incerteza* associado à relação subjacente⁸¹³, a doutrina maioritária prevalecente tem entendido que se trata de um negócio jurídico com natureza constitutiva, mas com funções declarativas e de eficácia retroativa, perfeitamente compatível com

por esta disposição legal, concebeu a figura dos negócios de segundo grau, também conhecidos por negócios regulamentares (*negozio regolamentari*), que podem assumir a forma de contrato ou negócio unilateral, porém sem atribuição patrimonial. (DEL PRATO, *I regolamenti privati*, p. 398).

⁸⁰⁹ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 441.

⁸¹⁰ Cfr. a definição dada pelo Supremo Tribunal italiano – Cass. 20-06-1958, n.º 2164.

⁸¹¹ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 104; CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 112 e ss. Atente-se que enquanto alguns juristas consideram o *negozio di accertamento* como uma modalidade do *negozio di secondo grado*, outros entendem que estes dois conceitos são sinónimos. Entre nós, PAIS DE VASCONCELOS defende a posição de que o artigo 458.º do CC trata de negócios declaratórios e de accertamento (*Teoria Geral*, p. 447).

⁸¹² No que à promessa de cumprimento e reconhecimento de dívida diz respeito, MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, p. 358.

⁸¹³ Assim, Cass. 24-08-2012, n.º 14618.

os poderes dispositivos atribuídos pelo ordenamento jurídico, corolários do princípio da autonomia privada⁸¹⁴.

Distancio-me desta doutrina. A promessa de cumprimento não visa regular situações de incerteza. Para além disso, a função declarativa acompanhada de um enunciado auto- e hétero-constatativo é incompatível com a eventual natureza constitutiva, ainda que retroativa, presuntiva ou até mesmo ficcional⁸¹⁵. Não é essa a sua função negocial nem tão-pouco a referência ao “acertamento” está presente no texto. A existência de uma relação fundamental não é incerta em (t_1) e passou a ser certa em (t_2). O efeito pretendido pelo artigo 458.º do CC é a atribuição de uma presunção *iuris tantum* da existência da situação jurídica fundamental. E sempre que haja referência – direta ou implicitamente – ao negócio subjacente, a promessa de cumprimento assume-se como negócio de *causa presumida*⁸¹⁶. Mas, como se desenvolverá melhor no próximo ponto, não é mister que assim seja. Para efeitos do citado preceito legal, dá-se uma inversão do ónus da prova (*relevatio ab onere probandi*), consagrando-se uma abstração processual sobre uma causalidade substantiva⁸¹⁷. Por este exato motivo, há quem defenda que a promessa de cumprimento apenas possui efeitos processuais⁸¹⁸. Esta posição suporta a tese anti-negocialista acolhida sobretudo por MIRABELLI e FERRI, segundo a qual se verifica

⁸¹⁴ Para desenvolvimentos, BANDIERAMONTE, *Il negozio di accertamento*.

⁸¹⁵ Entre nós, PAIS DE VASCONCELOS refere distingue o negócio de acertamento do negócio declaratório. Para o autor, este último é um negócio causal com carácter híbrido: parte declarativo e parte constitutivo. É declarativo na medida em que evidencia uma dívida pré-existente; é constitutivo na autonomização da relação debitória emergente da relação fundamental (*Teoria Geral*, p. 447).

⁸¹⁶ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 466; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 181-2; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 693; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 442; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 354; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, p. 142; BARASSI, *Obbligazioni*, p. 15; TRC, proc. n.º 1700/03, de 08-06-2004 (HÉLDER ALMEIDA); TRP, proc. n.º 180/08.7TBAMT-A.P1, de 14-05-2013 (MARIA JOÃO AREIAS). Contra, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271. Em Itália, negócios de causa presumida também são designados por negócios de “causa abstrata” (MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 91) o que leva – parece-me – a alguma confusão terminológica.

⁸¹⁷ ALMEIDA COSTA, *ibid.*; GALVÃO TELLES, *ibid.*; ANTUNES VARELA, *ibid.*; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 448; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 98 e ss.; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 91-4.

⁸¹⁸ Cfr. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 117-21.

apenas uma situação de manifestação de vontade sem caráter negocial cujos efeitos – *hic*: processuais – são atribuídos *ex lege*⁸¹⁹.

Sou da opinião de que os efeitos produzidos pelo artigo 458.º do CC são tanto processuais como substantivos, sem prejuízo destes serem indiretos (e hipotéticos) enquanto que aqueles são imediatos. A presunção de causa atribuída pelo primeiro parágrafo do referido artigo inverte o ónus da prova dos factos constitutivos do vínculo obrigacional. Essa inversão adequa-se às regras do ónus da prova estatuídas na Parte Geral do CC. Compete ao beneficiário de uma promessa (credor) a prova dos factos constitutivos do direito à prestação (artigo 342.º/1 do CC). Mas, sempre que haja uma ilação retirada pela lei de um facto conhecido – existência de uma promessa de cumprimento – para a firmar um facto desconhecido – (in)existência da relação fundamental – (artigo 349.º do CC), quem a tem a seu favor escusa de provar o facto a que ela a conduz (artigo 350.º/1 do CC). Isto resulta na inversão do *onus probandi* (artigo 344.º/1 do CC), onerando-se o promitente com a demonstração da inexistência do facto desconhecido.

Imagine-se que, em pleito, um certo declaratório⁸²⁰ de uma promessa de cumprimento pretende fazer valer o direito de crédito referenciado no seu texto. Após apresentação e valoração das provas, por mera hipótese, nem o promitente consegue evidenciar a inexistência da relação fundamental, nem o credor, à cautela, demonstra a sua existência, porque, na realidade, ela é quimérica. À partida, por força do artigo 458.º/1 do CC, o Tribunal reconhecerá o direito à prestação compelindo o promitente ao cumprimento da prestação debitória⁸²¹. Para efeitos de verdade processual, dar-se-á como provada a existência de uma relação fundamental de natureza obrigacional ainda que a verdade material evidencie que

⁸¹⁹ MIRABELLI, *L'atto non negoziale*, p. 358; FERRI, *Le promesse unilaterali*, pp. 19-20.

⁸²⁰ A escolha do termo “declaratório” – da “simples declaração unilateral de prometer uma prestação” – ao invés da palavra “promissário” ou “beneficiário” não foi aleatória conforme se verá no ponto seguinte. É que, na verdade não há uma verdadeira promessa.

⁸²¹ Sem prejuízo da inversão do ónus da prova, o credor tem o ónus de alegação no que diz respeito à relação fundamental – neste sentido, STJ, proc. n.º 373/08.7TBOAZ-A.P1.S1, de 07-07-2010 (SERRA BAPTISTA) – sempre que o negócio não for abstrato.

tal relação é umbrática. Neste caso, o efeito é processualmente presuntivo e, em concomitância, substantivamente constitutivo. Este é o resultado jurídico da verdade processual sobre a verdade material. Em termos rigorosos, a sentença faz emergir no plano jurídico a constituição de um elo obrigacional (no plano fático, hipotético) com efeitos retroativos, através da declaração de reconhecimento da relação fundamental. É exatamente por este motivo que considero os efeitos previstos pelo artigo 458.º/1 do CC são, por um lado, concreta e diretamente adjetivos e, por outro, abstrata e indiretamente materiais.

D. REFORMULAÇÃO

O facto do artigo 458.º/1 do CC indicar que o efeito de uma simples declaração unilateral de uma prestação sem indicação da respetiva *causa* resulta na inversão do *onus probandi*, não significa automaticamente que este não possa produzir, ele próprio – e já não por força da presunção da relação subjacente – efeitos constitutivos. Esse é um problema relativo ao enunciado da promessa de cumprimento que, como se viu, não poderá ser entendido literalmente como “prometer cumprir”. A isto acresce que não é clara a alusão à “causa”⁸²². A sua interpretação afetará diretamente toda a construção teórica em torno da figura. O tratamento que foi dado no ponto anterior baseou-se na linha doutrinária dominante que considera a promessa de cumprimento como um negócio de causa presumida. O assunto requer desenvolvimento.

Não há dúvida que atribuição de um vínculo obrigacional juridicamente relevante estará sempre manietada pelo princípio geral prevalecente no artigo 457.º do CC⁸²³. Da ausência de (outra) previsão legal conferindo “tipicidade” à promessa

⁸²² Discutindo a questão, no direito italiano, FURNO, “Promessa di pagamento e ricognizione di debito”, p. 96; SCALISI, “Negozio astratto”, p. 73.

⁸²³ Em sentido contrário, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, pp. 443 e ss.

de cumprimento⁸²⁴, e bem assim, da análise aos efeitos previstos no artigo 458.º do CC, só se poderá concluir que a mesma não é uma categoria equivalente à promessa unilateral que, a par do contrato, é um conceito amplíssimo e modelável. Promessa de cumprimento apenas poderá significar, *promessa unilateral de uma prestação sem indicação da respetiva causa*. Daqui não resulta, *ipso iure*, que o conceito se aplique a todos os negócios *sine causa*. O artigo 457.º do CC não promove qualquer asserção jurídica quanto à sua relevância da *causa* na aceção de função económico-social porque este é um problema intrínseco aos elementos estruturantes do negócio jurídico especificamente considerado⁸²⁵. Mas a forma tradicional de interpretar a referência legal à ideia de *causa* prevista no artigo 458.º do CC não é a de incluí-la no quadro da função económico-social. Ela significará apenas a *causa civilis obligandi*, ou seja, o facto jurídico desencadeador da estatuição normativa que consubstancia a obrigação (causa-fonte)⁸²⁶. Não se promove a tese anticausalista, mas também não se proíbe, *tout court*, a celebração de promessas *sine causa*: apenas de indica que a ausência da indicação da causa-fonte resulta na presunção de uma relação obrigacional anterior.

Sempre que, no quadro de uma “promessa de cumprimento”, o declarante indique *especificamente* a causa-fonte, isto é, sempre que se faça referência a uma relação obrigacional pretérita que deu origem ao vínculo-objeto do negócio promissório, está-se perante uma situação de *reforço de promessa* com menção direta da relação fundamental:

(*t*₁) “obrigo-me a pagar o preço” – obrigação (*x*) do contrato (*f*);

(*t*₂) “prometo *cumprir* a obrigação (*x*) do contrato (*f*)”.

A “promessa de cumprimento” feita em (*t*₂) faz referência expressa a um vínculo pretérito, constituído em (*t*₁), com a indicação da sua fonte concreta, a

⁸²⁴ Exceciona-se a livrança que apresenta um regime próprio regulado pela LULL.

⁸²⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, pp. 297 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, pp. 345 e ss.

⁸²⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 614. Referindo-se especificamente à promessa de cumprimento, o autor indica que “a ‘causa’ referida na norma é, à alemã, a fonte da obrigação considerada” (*idem*, 691).

obrigação (x) do contrato (f). A evidência do reforço promissório manifesta-se, como referi, na *identidade plena* de sujeitos, objeto e circunstâncias. As conclusões a que cheguei no Capítulo II quanto ao tema do reforço de promessa resultaram na sua inadmissibilidade quanto a constituições *ex novo* de relações jurídico-obrigacionais, sem prejuízo, naturalmente, das situações em que a promessa reforçada se encontra incorporada num título abstrato, situações onde a abstração desfuncionaliza a identidade plena. Nestes casos, não há emergência autónoma de obrigação, não há eficácia convalidativa nem tão-pouco confirmatória⁸²⁷. Quanto muito, produzir-se-ão efeitos “reconfortantes” no destinatário, um pouco à semelhança, *mutatis mutandis*, das chamadas “cartas-conforto fracas”⁸²⁸. Isto que leva a crer que os casos em análise apenas se reconduzem a declarações promissórias de conteúdo não-jurídico⁸²⁹. Entre nós, MENEZES LEITÃO entende que quando a promessa de cumprimento é causal, indicando a respetiva fonte obrigacional – real ou hipotética, por via da autonomia da vontade ou por via de responsabilidade civil –, ela é um “negócio com fim de pacificação”, que traz à colação o *negozio di accertamento* e que, nas palavras do autor, “não terá caráter apenas declaratório, mas também constitutivo, na medida em que a parte renuncia a discutir a verificação de pressupostos ou oponibilidade de exceções ao vínculo obrigacional, que reconhece ter sido constituído por aquela via”⁸³⁰. Mais indica que, perante a regra do artigo 457.º do CC, este negócio só poderá ser admissível – no sentido de *eficaz* – mediante uma estrutura

⁸²⁷ Contra, DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 115.

⁸²⁸ As cartas de conforto fracas (*weiche Patronatserklärungen*) apenas produzem eficácia declarativa – por exemplo, o patrocinante declara perante o destinatário – na maior parte das vezes é uma instituição de crédito que assume a qualidade de mutuante – que tem o controlo efetivo da entidade patrocinada – sociedade financiada – ou simplesmente que tem o conhecimento da operação de financiamento em causa, tendo dado prévia autorização (*vide*, JÖRG FRIED, *Die weiche Patronatserklärungen*; KOCH, *Die Patronatserklärung*, pp. 341 e ss.). Nestas declarações de *policy* não é assumida qualquer obrigação e não tem natureza de fiança – ainda que “dissimulada”, como por vezes sucede na carta-conforto forte – assim, STJ, proc. n.º 03A057, de 09-07-2002 (REIS FIGUEIRA).

⁸²⁹ Neste sentido, para as cartas-conforto, MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 847.

⁸³⁰ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271, nota de rodapé 610.

contratual, situação em que se aplicaria analogicamente o regime do contrato de transação regulado pelos artigos 1248.º e ss. do CC, nos termos do qual não se requer que se faça prova da inexistência de uma obrigação⁸³¹. Note-se que esta posição só fará sentido se a finalidade negocial pretendida pela(s) parte(s) é a regulação de uma situação de incerteza que poderá – ou não – ser objeto de litígio. E como ficou acima concluído, o negócio com “fim de pacificação” extravasa a natureza da promessa de cumprimento em sentido próprio⁸³². A situação em análise não deixará de ser considerada uma promessa de cumprimento (pois promete-se cumprir uma obrigação pretérita), ainda que haja indicação específica da causa-fonte. Na medida em que não se verifica um dos elementos característicos da promessa de cumprimento (ausência de referência à causa), não afetando, todavia, e no seu todo, a estrutura e conteúdo da declaração aparentemente promissória, denomino este ato jurídico-declarativo de *promessa de cumprimento imprópria*.

Própria será, portanto, a promessa unilateral de uma prestação sem indicação da causa-fonte, o que leva novamente à *vexata quaestio* de saber se o ato promissório referido no artigo 458.º do CC se resume àquele que é genericamente identificado no seu artigo precedente. A simples alteração da interpretação do conceito de *causa*, de causa-fonte para função económico social não é bastante. Um entendimento possível é o de considerar a promessa de cumprimento como uma promessa abstrata⁸³³, na medida em que a diferença essencial entre aquele artigo e o seu antecessor é a referência à ausência de *causa*. Esta posição também não me parece adequada. É perfeitamente concebível que a promessa de cumprimento assuma uma natureza abstrata. Mas nestas situações o artigo 458.º do CC será inaplicável. Na verdade, existem promessas abstratas, puras ou “nuas”, em que não há verdadeiramente uma presunção de causa – no sentido de *causa*

⁸³¹ LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2, §61, pp. 32-3.

⁸³² Sem contar com este pequeno apontamento, segue-se, *grosso modo*, a posição de MENEZES LEITÃO.

⁸³³ MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 270-1.

civilis obligandi – como sucede, em alguns títulos de crédito. Nestes casos, seria desvirtuosa a aplicação de um regime de causa presumida. A abstração e causalidade negocial são resultados da vontade da(s) parte(s), isto é, são corolários do princípio da autonomia privada. A lei – portuguesa – apenas trata dos seus regimes, onde se inclui a validade das promessas abstratas. O conceito de promessa de cumprimento compatibiliza-se com os elementos presentes no artigo 458.º do CC (promessa unilateral sem indicação da respetiva causa), mas abrange mais do que os negócios de causa presumida que se configuram como uma modalidade especial e autónoma face aos negócios causais. Quanto a estes – negócios de causa presumida – o artigo 458.º do CC lhe é inteiramente aplicável; quanto aos abstratos, estão sujeitos ao princípio geral vigente no artigo 457.º do CC, e bem assim – se verificável – às demais disposições legais que lhes dizem respeito.

Outra possibilidade apontada pela doutrina é a de enquadrar o negócio como tendo uma função económico-social especial, de *gratuitidade em sentido estrito* – que não se confunde com a liberalidade – na medida em que o “credor-promissário” recebe uma vantagem patrimonial indireta como resultado da inversão do *onus probandi*⁸³⁴. Já nas famílias de *common law*, regra geral, os reforços de promessas são considerados inválidos por falta de *consideration*⁸³⁵.

O problema não se põe perante a questão de saber qual a função económico-social da promessa de cumprimento. Certo é, porém, que, se estiver em jogo uma promessa abstrata legalmente admitida como sucede no caso da livrança, o artigo

⁸³⁴ MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 90. Sobre a diferença entre liberalidade e gratuitidade em sentido estrito, DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*. A jurisprudência italiana também se posiciona contra a função de liberalidade da promessa de cumprimento – neste sentido, Cass. 2-12-1974, n.º 3929.

⁸³⁵ Cfr. caso *Deacon v Gridley* (1854) 15 CB 295, pp. 308-9. Nas famílias de *common law* esta posição é justificada pelo desconhecimento do conceito de causa presumida. A regra estende-se a casos em que não existe identidade plena pelo facto de se reportar a uma terceira pessoa (COOTE, *Contract as Assumption*, p. 45). Todavia, como ficou apontado no caso *Glasbrook Brothers Ltd v. Glamorgan County Council* [1925] AC 270 (HL), se a promessa tiver como fundamento um dever público (pré-existente), ela já será válida e eficaz pois há *good consideration* – no caso em apreço, discutia-se a validade de uma promessa de recompensa feita a favor de órgãos policiais que cumprissem com prestígios os seus deveres profissionais no que à proteção da ordem pública diz respeito.

458.º do CC é, como previamente mencionado, inaplicável⁸³⁶. O artigo não proíbe, *tout court*, a celebração de promessas *sine causa*, mas também não será correito, inferir do mesmo a validade jurídica dos negócios jurídicos abstratos⁸³⁷; apenas dá tratamento jurídico às promessas unilaterais de causa presumida de forma a acamar adequadamente a doutrina causalista vigente no ordenamento jurídico português. Não é tradicionalmente controvertido afirmar que uma livrança consubstancia uma promessa de cumprimento – na modalidade de promessa de pagamento⁸³⁸ –, nem que esta assume de um ponto de vista substantivo – na relação cartular – natureza abstrata⁸³⁹. Devido à função de quirógrafo, a aplicação da abstração processual é justificada através da natureza hétero-constatativa do título, esvaziando o conteúdo da livrança no âmbito da promessa de cumprimento, reconsiderando-a – erradamente – como ato de reconhecimento de dívida⁸⁴⁰. Quanto a este negócio, a não aplicação do artigo 458.º do CC não jaz na especificidade do regime legal, mas na abstração típica que provoca automaticamente efeitos constitutivos no que diz respeito à obrigação contida no título. Ora, como procurei demonstrar, este artigo não tem em vista presunções de funções económico-sociais baseadas em negócios jurídicos pré-existentes, mas apenas a presunção de vínculos obrigacionais pretéritos, o que desfaz a sua aplicação quando o que está em causa é uma promessa abstrata⁸⁴¹.

⁸³⁶ Este entendimento não é unânime na jurisprudência. A favor, STJ, proc. n.º 373/08.7TBOAZ-A.P1.S1, de 07-07-2010 (SERRA BAPTISTA); contra, STJ, proc. n.º 303/2002.P1.S1, de 07-05-2014 (LOPES DO REGO); TRP, proc. n.º 1300/12.2TBPR-A.P1, de 24-04-2014 (JUDITE PIRES).

⁸³⁷ Em sentido contrário, STJ proc. n.º 07A1999, de 07-07-2007 (FONSECA RAMOS).

⁸³⁸ Nos termos do artigo 75.º da LULL, o enunciado textual da livrança deve conter, entre outros aspetos, “a promessa pura e simples de pagar uma quantia determinada”. Cfr. também, ENGRÁCIA ANTUNES, *Títulos de Crédito*, pp.105 e ss.

⁸³⁹ A doutrina e jurisprudência italianas tendem a distinguir as chamadas promessas de cumprimento tituladas das não tituladas – cfr. DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 112-4; Cass. 11-11-2005, n.º 22898; Cass. 11-12-2000, n.º 15575.

⁸⁴⁰ Vide, por exemplo, STJ, proc. n.º 124/07.3TBMTRA.L1.S1, de 10-11-2011 (MARTINS DE SOUSA).

⁸⁴¹ Contra, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271.

A reformulação que aqui se propõe não é a de autonomizar o conceito de promessa de cumprimento face a promessas puras. Procuro o estabelecimento de uma clivagem em função da referência à causa-fonte. Não se pode desconsiderar o sentido global de promessa de cumprimento enquanto promessa de prestação sem indicação da respetiva causa em detrimento de um elemento interno e integrador do conceito. Vejamos: a livrança, porque é abstrata, não deixa de ser uma promessa de cumprimento apenas porque é uma promessa de pagamento de natureza abstrata, não estando sujeita a aplicação do artigo 458.º do CC. E, passado o problema da função económico-social, a ausência de identificação do facto gerador da estatuição normativa que desencadeia o elo não pode ser total, sob pena de preterição de um pressuposto típico: a presunção do vínculo *pretérito*. Com efeito, uma promessa de cumprimento para estar sujeita à estatuição do artigo 458.º do CC, tem necessariamente de mencionar no seu texto (expressa ou implicitamente) que a situação jurídica obrigacional aí contida foi constituída em momento anterior, mas não deve indicar especificamente a fonte, sob pena de se reconduzir a uma promessa de cumprimento imprópria. Como resultado, amplio o conceito de promessa de cumprimento a promessas puras e, automática e reflexamente, restrinjo o artigo 458.º do CC apenas às promessas unilaterais de uma prestação de causa presumida. Esta é, perante o direito constituído, a única forma de ajustar o princípio causalista preponderante na teoria do negócio jurídico portuguesa com a funcionalidade probatória requerida pelo artigo 458.º do CC⁸⁴².

O modelo é muito próximo da promessa de cumprimento imprópria acima referida:

- (*t*₁) “obrigo-me a pagar o preço” – obrigação (*x*) do contrato (*f*);
- (*t*₂) “prometo *cumprir* a obrigação a que me vinculei”.

Como se observa, a promessa de cumprimento própria também apresenta características tautológicas, corolários da *identidade plena*. Ela é, igualmente, um

⁸⁴² Tal como o reconhecimento de dívida, a promessa de cumprimento deve constar de documento escrito, se outras formalidades não forem exigidas para a prova da relação fundamental (artigo 458.º/2 do CC).

reforço de promessa. Esta identidade também se manifesta na função económico-social porquanto agora se percebe a sua relação perante o artigo 458.º do CC. Se a promessa for pura – mas inadmissível – não se aplicará esta norma por força do princípio da causalidade. Se, por outro lado, for pura – mas admissível – também não se aplica pela vigência de um regime-exceção. Se, por último, houver referência à causa-fonte, então tratasse de um negócio de causa presumida, aplicando-se o artigo 458.º do CC, e se a relação subjacente derivar de um negócio jurídico, a promessa de cumprimento assumirá a mesma função económico-social desse negócio. Mas nem sempre tem de ser assim. Como corolário da identidade plena, a relação fundamental pode, por hipótese, consistir numa obrigação de indemnização, caso em que não fará sentido falar-se em função económico-social⁸⁴³. Por conseguinte, a promessa de cumprimento só consagra efeitos obrigacionais constitutivos e “autónomos” quando assume a natureza de uma promessa pura. Na outra modalidade de promessa de cumprimento em sentido próprio, os efeitos presuntivos são imediatos, mas estão indiretamente condicionados a uma futura prova da inexistência da relação fundamental que, a verificar-se, ditará a mera ineficácia da promessa de cumprimento⁸⁴⁴.

⁸⁴³ Em última análise, será igualmente possível conceber promessas de cumprimento (válidas) sobre relações fundamentais abstratas – por exemplo, promessas de cumprimento sobre títulos de crédito. Não deixa de ser, de um ponto de vista teórico-prático, uma situação quase absurda, na medida em que o efeito presuntivo pretendido com a promessa de cumprimento se encontra mitigado na força executiva do título. Mas, sendo um caso legalmente admissível, corrobora a ideia da relevância parcial – ou quase irrelevância – da função económico-social da promessa de cumprimento.

⁸⁴⁴ Assim também, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 271. Segundo o autor, este facto evidencia a natureza não-negocial da promessa de cumprimento que deverá ser tratada como um *simples* ato jurídico unilateral sob a égide do artigo 295.º do CC (*ibid.*). Posiciono-me em sentido inverso. Abstraindo-se da mera inversão do *onus probandi*, ele tem carácter inovatório sempre que se constitua uma obrigação indireta ou presuntiva) nos termos acima propostos. No direito alemão tal problema não se coloca na medida em que tanto a *Schuldversprechen* (promessa de cumprimento) como a *Schuldanerkenntnis* (reconhecimento de dívida) têm natureza negocial (BUCK-HEEB, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp.1650 e ss.; PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 1245 e ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 636-9).

2.1.4. SÍNTESE

Como se observou, embora a promessa de cumprimento e o reconhecimento de dívida sejam negócios diferentes, compreendem efeitos jurídicos semelhantes. Ambos são negócios de função *recognitiva*, não produzindo efeitos obrigacionais diretos ou imediatos: apenas fazem presumir a existência de um vínculo pretérito.

Esta semelhança compreende-se no ordenamento jurídico português, baseado no princípio causalista, o que justifica o tratamento conjunto destas duas figuras. Já o direito alemão, por contraposição, atribui um regime jurídico diferente para cada negócio (*hic*: contrato) na medida em que têm efeitos diversos emanados pela natureza abstrata do negócio⁸⁴⁵. A *Schuldversprechen* é uma verdadeira *Versprechen*, ou seja, a promessa de cumprimento, no direito alemão, corresponde ontologicamente a um ato promissório porque não faz referência a qualquer vínculo pretérito, prevalecendo a abstração⁸⁴⁶. No que toca ao direito português, demonstrou-se que, de acordo com a teoria da promessa proposta no capítulo anterior, ela só pode ser considerada uma verdadeira promessa – com efeitos auto-vinculantes – quando abstrata. Quando a promessa de cumprimento se identifica como negócio de causa presumida, a *identidade plena* com a relação subjacente manifestada pela referência à *causa civilis obligandi* destrói a força ilocutória de prometer.

⁸⁴⁵ FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, pp. 636-9.

⁸⁴⁶ Como parece apontar SCHREIBER, a mera hipótese de conceber a promessa de cumprimento e o reconhecimento de dívida como negócios causais (ou de causa presumida), para além de abstratos, traz alguns problemas axiológicos perante o direito civil atualmente vigente no BGB (“*Schuldversprechen und Schuldanerkennnis*”, p. 31).

2.2. PROMESSA PÚBLICA

2.2.1. ENQUADRAMENTO

A promessa pública é o mais emblemático exemplo de negócio jurídico unilateral com eficácia obrigacional *permitido* pela lei civil⁸⁴⁷. É a uma manifestação sólida do *Willensmacht*, consumido na ideia de vinculação unilateral incondicional, trazendo consigo uma verdadeira “obrigatoriedade ínsita”⁸⁴⁸.

Entre nós, este negócio vem regulado na Secção II do Capítulo II do Livro das Obrigações, nos artigos 459.º e seguintes. O regime jurídico da promessa pública no direito civil português encontra-se condensado em cinco artigos de leitura e linguagem simples. Esta simplicidade não deixa de ser aparente, pois a sua compreensão conceitual e sistemática requer uma análise profunda, em que a teoria da promessa proposta no Capítulo II assume elevada importância. Abrindo com a *noção*, o artigo 459.º do CC, de epígrafe “promessa pública”, estabelece no seu número um que: “aquele que, mediante anúncio público, prometer uma prestação a quem se encontre em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo, fica vinculado desde logo à promessa”; segue-se o número dois: “na falta de declaração em contrário, o promitente fica obrigado mesmo em relação àqueles que se encontrem na situação prevista ou tenham praticado o facto sem atender à promessa ou na ignorância desta”.

No panorama nacional, o tratamento dogmático da figura nos manuais Direito das Obrigações encontra-se genericamente comprimido em poucos parágrafos, aquando da abordagem genérica da temática da eficácia obrigacional dos negócios jurídicos unilaterais como exemplo de “negócio legalmente

⁸⁴⁷ PESTALOZZI, *Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund*, p. 47. O mesmo sucede no ordenamento jurídico alemão, em oposição ao princípio geral relativo às fontes obrigacionais de natureza volitiva prevista no §311 do BGB – PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 480 e ss.; BERGER, STÜRNER, MEDICUS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 567 e ss.

⁸⁴⁸ FRANÇA, *Instituições*, p. 873.

típico”⁸⁴⁹. Tais parágrafos traçam muito superficialmente o regime jurídico da promessa pública através de uma descrição simples e muitas vezes despreocupada. Compreendem-se os motivos internos e as circunstâncias exógenas que contribuem para a redução para um plano meramente secundário do estudo deste negócio unilateral, especialmente quando comparado – por exemplo – com a análise a outros negócios jurídicos (bilaterais) legalmente típicos. A dedicação de uma Parte Especial no seio do Livro do Direito das Obrigações em conjunto com uma teoria geral do negócio jurídico assente no modelo dialogante – em particular, do binómio “proposta-aceitação” – assombrado pelo dogma do *consensus* e pelo princípio *invito beneficium non datur*, manietam e comprimem o estudo da promessa pública a uma breve alusão geral do seu papel e regime no quadro do direito das obrigações sem grandes desenvolvimentos teóricos⁸⁵⁰. Por esse motivo – e também porque esta análise terá repercussões diretas na resposta ao problema-chave que aqui proponho resolver –, procurarei nesta parte suprir lacunas dogmáticas, aprofundar outras questões de regime e demonstrar a relevância prática desta figura no quadro das relações jurídico-privadas.

2.2.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PANORAMA DE DIREITO COMPARADO

A promessa pública inspira-se, por influência direta, na lei civil italiana, nomeadamente nos artigos 1989 e seguintes do *codice*⁸⁵¹ e, num segundo grau, na

⁸⁴⁹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, pp. 442-7; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 178-83; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 468-71; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 695-9; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, pp. 272-3.

⁸⁵⁰ Ressalvam-se alguns estudos mais aprofundados como é o caso de VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 285 e ss.; e FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, pp. 827 e ss.

⁸⁵¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 695. A regulação da promessa pública no *codice* foi diretamente inspirada no BGB – DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, pp. 113-4. O código civil de SEABRA não regulava este negócio, mas alguns autores como GUILHERME MOREIRA e MANUEL DE ANDRADE tentaram descortinar a sua existência através do encontro do *lugar paralelo* com os contratos entre ausentes (cfr. VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 285). Em sentido equivalente se posiciona BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, p. 219.

versão alemã (*Auslobung*) prevista nos §§657-63 do BGB. Os antecedentes históricos deste negócio não são claros⁸⁵² pelo menos no que respeita à sua origem enquanto negócio jurídico autónomo⁸⁵³. É visível uma identificação histórica da tipicidade social em alguns ordenamentos jurídicos europeus. Por exemplo, o código civil italiano anterior ao atual *codice* (de 1942) não reconhecia a promessa pública enquanto negócio jurídico. Este não reconhecimento assente numa tipicidade legal não invalidava que na prática as relações jurídico-privadas não pudessem dar origem a constituições de obrigações jurídicas emergentes de negócios de natureza semelhante⁸⁵⁴. Na verdade – e muito antes do *codice* a ter regulado –, a promessa pública era vista pelas fontes mediatas como um negócio jurídico unilateral *socialmente típico*. Originou uma profunda discussão fervorosa sobre a sua admissibilidade enquanto fonte de obrigações (por via unilateral) procurando-se muitas vezes uma justificação através de uma demonstração empírica da sua eventual natureza plurilateral⁸⁵⁵. Neste âmbito, DI MAJO alerta para o facto das teses de SAVIGNY terem sido dominantes em Itália, mas isto não retirou, de forma alguma, o carácter vinculativo e unilateral da promessa ao público, porque segundo o autor, a mesma seria um verdadeiro corolário da autonomia privada assente em *princípios utilitaristas* (que relembram as teorias promissórias de HUME) e bem assim em *princípios sociológicos*, através de fundamentos altruístas⁸⁵⁶.

Não se pode deixar de assinalar uma vez mais o contributo de SIEGEL para a hodierna positivação deste negócio unilateral em muitos ordenamentos jurídicos

⁸⁵² Para uma investigação histórica, *vide*, por todos, a tese de DREIOCKER, *Zur Dogmengeschichte der Auslobung*.

⁸⁵³ É discutido o paralelismo da promessa pública com a figura da *pollicitatio*. Sobre a temática, e com uma abordagem também ao período intermédio, SITZIA, “Promessa unilaterali (storia)”, pp. 22 e ss.

⁸⁵⁴ Cfr. AAVV, *Enciclopedia del diritto*, SANTORO-PASSARELLI ed., p. 60-1.

⁸⁵⁵ Cfr. DI MAJO, *Le promesse unilateral*, p. 113; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp.1-2. A dúvida, portanto, não consistia em saber se era um negócio constitutivo de obrigações ou se era sequer um negócio socialmente típico: a dúvida intrincava com o problema da lateralidade negocial.

⁸⁵⁶ DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 113.

de *civil law*. SIEGEL, em comunhão com KUNTZE⁸⁵⁷, preparou o terreno dogmático da vinculatividade de (algumas) promessas unilaterais que resultou – quase por arrastamento – na posterior admissibilidade da promessa pública no âmbito do direito positivo. Com efeito, o primeiro indício legal dessa permissividade remonta aos finais do séc. XVIII, através do §988 do vol. I da *Allgemeines Landrecht für die Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) de 1794 – desenhado por SVAREZ e KLEIN, sob as ordens de Frederico II da Prússia. Este preceito continha uma redação que denunciava um grau de amplitude mínimo para a elaboração de promessas públicas no âmbito do *Landrecht*. Embora fosse mencionado no referido parágrafo que “a todos é permitida a elaboração de promessas públicas”, a verdade é que a celebração deste negócio se encontrava sujeita a critérios bastante restritivos. É evidente que SVAREZ e KLEIN comungavam da doutrina dominante prussiana influenciada por SAVIGNY e de uma tradição jusnaturalista que olhava com desdém para a celebração imediata de negócios auto-vinculantes. O facto de a norma dizer “que se permite” em determinadas circunstâncias, significa que, *a contrario*, a regra era a da proibição genérica deste tipo de atos jurídicos. A celebração de promessas públicas eficazes presumia o preenchimento de critérios objetivos de *utilidade pública* do ato jurídico. Isto é, o carácter “público” da promessa fundia-se ontologicamente com a natureza público-utilitarista que a função da prestação contida na declaração promissória produziria na sociedade⁸⁵⁸. Estes efeitos exógenos não são referentes ao ato prometido, nem ao vínculo nele contido, mas à condição fático-jurídica que faz emergir o direito à prestação. Para além deste pressuposto de validade e eficácia obrigacional, o ALR ainda previa que a promessa unilateral fosse emitida no sentido de atribuir recompensas por trabalhos intelectuais úteis ou atividades

⁸⁵⁷ Cfr. prólogo de KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*.

⁸⁵⁸ Ver também, a este propósito, HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, §121, V, 2 e 3. HECK dá exemplos do quotidiano de promessas de recompensa tais como: (i) recompensa de se ter encontrado um objeto perdido, (ii) auxílio na resolução de uma investigação criminal, (iii) prémios relativos a prestações científicas ou a prestações desportivas.

corporais de escopo determinado. O fim (e não a função) económico-social da norma era evidente: a lei pretendia promover investigações científicas⁸⁵⁹ bem como o desenvolvimento da cultura – em geral – e do desporto – em particular – numa multiplicidade de facetas. A dupla alusão numa só norma do ALR ao utilitarismo realça as evidentes influências desta corrente filosófica que florescia e dominava os palcos anglo-saxónicos na época e que provocou enraizamentos profundos na Europa continental. A restrição à autonomia privada no sentido de obstar ao “querer” e “poder” (*Willensmacht*) celebrar um negócio unilateral obrigacional de forma pública que não abrangesse os pressupostos previstos no §988 do ALR fundava-se num certo protecionismo federativo porquanto a finalidade da norma consistia puramente na prossecução do interesse público.

No ordenamento jurídico português, o *nomen* é “promessa pública”; todavia, no panorama do direito comparado, ora se oscila entre esta expressão exata, ora se a substantiva com os vocábulos “de recompensa”. O caso português segue, no essencial, o regime italiano. Também aqui se utiliza no artigo 1989 do *codice* (de 1942) a definição “*promessa al pubblico*”. E não é só em sede nominativa que as semelhanças são notórias: o próprio primeiro parágrafo do referido artigo contempla uma redação equivalente, ao indicar que: “aquele que, dirigindo-se ao público, promete uma prestação a favor de quem se encontre numa determinada situação ou execute uma determinada ação, fica vinculado à promessa assim que esta se torne pública”. Por seu turno, a *Auslobung* alemã (§657 do BGB) – que consagrou no direito positivo pela primeira vez na história esta figura – tem uma redação parecida com os regimes português e italiano, embora com algumas *nuances*: “quem, através de anúncio público prometer uma recompensa pela prática de um determinado ato, em particular pela produção de um resultado, fica vinculado ao pagamento da recompensa a quem tiver praticado esse ato, ainda que

⁸⁵⁹ Não posso deixar de mencionar os interessantes estudos psicológicos de EISENBERGER – *et al.* – sobre os efeitos da promessa de recompensa na criatividade humana – R. EISENBERGER, *et al.*, “Can the Promise of Reward Increase Creativity?”, pp. 704-14; R. EISENBERGER, *et al.*, “Promised Reward and Creativity: Effects of Prior Experience”, pp. 308-25.

desconhecendo a recompensa”. A palavra *Auslobung* é intraduzível para a língua portuguesa – a mais próxima do termo não inclui o adjetivo “pública”, ficando-se apenas por “promessa de recompensa”⁸⁶⁰. De igual modo, o direito brasileiro refere-se a este negócio como “promessa de recompensa”, nos termos dos artigos 854.º e seguintes do CCB⁸⁶¹: “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido”. Nos ordenamentos jurídicos de *common law* – que merecem uma atenção especial pelas particularidades dos fundamentos vinculativo-estruturais desta figura – também se usa a expressão “promessa da recompensa” (*promise of reward*)⁸⁶². A este propósito – recaindo agora para um sistema jurídico predominantemente de *civil law* – cumpre mencionar que, em 1984, a reforma do Código Civil do Louisiana⁸⁶³ introduziu o conceito de promessa de recompensa que se destacou da solução jurídica dos demais estados norte-americanos, aproximando-se da versão alemã, mas sempre com traços terminológicos franceses⁸⁶⁴. Já o código civil russo, sobre uma Secção denominada por “tipos especiais de obrigações”, usa a expressão “promessa pública de recompensa” no Capítulo 56, bem como no artigo 1055.º. A análise que se retira da utilização do substantivo “recompensa” aquando das definições e regimes legais é a de que nem todos os ordenamentos jurídicos preveem, como sucede no caso português, uma larga amplitude a situações passíveis de objeto de promessa públicas que extravasam o âmbito da simples *recompensa*.

⁸⁶⁰ Cfr. SILVEIRA RAMOS, *Dicionário Jurídico Alemão-Português*, p. 51. Os autores que escrevem em língua inglesa também utilizam a expressão “*promise of reward*” quando se referem à *Auslobung* alemã ou suíça – vide LERNER, “Promises of Rewards”, pp. 53 e ss.

⁸⁶¹ Este preceito legal compreende uma redação literalmente idêntica à do ora revogado artigo 1512.º do anterior Código Civil brasileiro de 1916.

⁸⁶² Por exemplo, HOGG, *Promises and Contract Law*, pp. 228 e ss.

⁸⁶³ Sobre a reforma vide HERMAN, *The Louisiana Civil Code*.

⁸⁶⁴ Cfr. LERNER, “Promises of Rewards”, p. 54.

Deixo ainda uma nota de direito comparado para os casos espanhol e francês. Tendo em consideração que a lei civil espanhola não regula de forma expressa a figura do negócio jurídico unilateral em geral, também não se encontra positivado no código civil o negócio de promessa pública, deixando-se às fontes mediatas o papel de aferir a sua existência, validade, eficácia e natureza: a ideia maioritária é a da admissibilidade⁸⁶⁵. Por sua vez, muito por influência de DOMAT – que colocou o acordo como a única forma de manifestação da autonomia privada interpessoal –, o *code civil*, também não reconhece a promessa pública enquanto ato jurídico unilateral. A doutrina e a jurisprudência admitem a existência da figura, porém, em moldes de estrutura dialogante, ou seja, desde que aceite pelos beneficiários, curiosamente à semelhança do que sucede nos direitos de *common law*⁸⁶⁶. O novo modelo da teoria das obrigações que resultou da reforma estrutural de 2016, embora tenha incluído o conceito de *promesse unilatérale*, considerando-a um *quase-contrato*, não se reconduz, em bom rigor à promessa unilateral tradicionalmente vigente nos direitos português, italiano e alemão, pelo que o tratamento da questão se mantém inalterado.

2.2.3. O PROBLEMA DA ESTRUTURA FORMATIVO-DISCURSIVA

No ordenamento jurídico português, é deveras indiscutível a configuração da promessa pública nos termos em que se encontra definida no artigo 459.º do CC como um exemplo de um negócio jurídico unilateral de eficácia obrigacional⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Neste sentido, vide MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, pp. 789 e ss.; GODOY, *La declaración unilateral de voluntad*, pp. 190-1 (com referências jurisprudenciais); LASARTE, *Derecho de obligaciones*, p. 23. Ver também a obra de CANDIL Y CALVO, *in Naturaleza Jurídica de la Promesa de Recompensa a Persona Indeterminada*.

⁸⁶⁶ Cfr. MARTY, RAYNAUD, *Droit civil – les obligations*, pp. 367 e ss.; LARROUMET, *Droit civil*, pp. 74 e ss.

⁸⁶⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 833; na jurisprudência, alguns exemplos: TRP, processo n.º 9130463, de 16-03-1992 (ALVES CORREIA); STJ, processo n.º 082779, de 14-01-1993 (FERREIRA DA SILVA); STJ, processo n.º 98S348, de 17-02-1999 (ALMEIDA DEVEZA); TCAS, processo n.º 1902/99, de 28-09-1999 (F. XAVIER); TRL, processo n.º 0080708, de 02-03-

Sendo a exigibilidade da *acceptio* por parte do declaratório no que toca à formação do negócio o critério distintivo entre o contrato e o negócio unilateral⁸⁶⁸, não restam dúvidas que quando o artigo 459.º/1 do CC indica que o promitente “fica vinculado *desde logo* à promessa” (meu realce), está a atribuir um carácter unilateral ao negócio jurídico. Todavia, a expressão “desde logo” implica a existência de outros formalismos e requisitos de validade, podendo ser entendida no sentido “assim que a declaração negocial seja pública e adequadamente emitida”. O vínculo obrigacional fica constituído *desde esse momento* e o elemento cognoscibilidade (*k*) por parte do beneficiário não é requisito essencial de eficácia da promessa (artigo 459.º/2 do CC)⁸⁶⁹.

A propósito da natureza jurídica da promessa pública, na doutrina e na jurisprudência portuguesas encontram-se múltiplas referências à distinção entre a unilateralidade deste negócio e a bilateralidade da oferta ao público. Não quero deixar de saudar o legislador português em ter incluído a expressão “desde logo” na redação do artigo 459.º do CC poupando assim possíveis descentendimentos doutrinários. Faça-se notar que as diferenças de regime potencialmente aplicável são vastas consoante se encare a figura como negócio unilateral ou contrato. As regras da alteração das circunstâncias previstas no artigo 437.º do CC *aparentam* aplicar-se tão-somente às relações contratuais; circunstâncias como a morte ou a incapacidade do declarante tornam-se irrelevantes para a eficácia da promessa pública ao contrário do que sucederia no caso da aplicação de um modelo de “proposta-aceitação” (artigo 231.º do CC). Na verdade, em alguns ordenamentos jurídicos perdura ainda a dúvida sobre o carácter unilateral da promessa pública,

2000 (SALAZAR CASANOVA); STJ, processo n.º 06A1509, de 20-06-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS); STJ, processo n.º 06S490, de 20-09-2006 (SOUSA GRANDÃO); TRE, processo n.º 3193-08-2, de 05-02-2009 (JOÃO MARQUES). Certos textos parecem demonstrar o conhecimento da problemática da natureza formativa da promessa pública. Com efeito, indícios muito subtils encontram-se mencionados nos comentários ao Código Civil por parte de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 441.

⁸⁶⁸ Na jurisprudência nacional, STJ, processo n.º 078601, de 09-01-1990 (ELISEU FIGUEIRA); TRP, processo n.º 0030587, de 23-08-1999 (LEONEL SERÓDIO).

⁸⁶⁹ Assim também PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 441.

competindo às fontes mediatas o papel de interpretação da norma em concreto. Mesmo naqueles em que as disposições da promessa pública são semelhantes ao regime português, verificam-se divergências doutrinárias quanto à construção teórica unilateral do negócio⁸⁷⁰.

E é em Itália onde tal divergência é manifestamente mais notória. A tese segundo a qual a promessa pública deve ser encarada como um negócio bilateral – não de um ponto de vista *de jure condendo*, mas perante o direito constituído –, defendida, *inter alia*, por SBISÀ⁸⁷¹, assenta numa divisão categórica entre os efeitos substanciais e os efeitos procedimentais do negócio jurídico. Para esta doutrina, a

⁸⁷⁰ Dúvidas emergem quando se olha para o Código das Obrigações da Confederação Helvética cujo artigo 8.º/1 contempla a seguinte redação: “aquele que promete publicamente um preço em troca de uma prestação fica obrigado a pagá-lo conforme prometido”. A redação parece apontar para uma natureza contratual no sentido de a aproximar da oferta ao público. As versões francesa, alemã e italiana compreendem epígrafes de tradução ligeiramente diferentes. Por um lado, na versão francesa a epígrafe do artigo 8.º é “*promesses publiques*”, mas na alemã é, curiosa e aparentemente redundante, “*Preisausschreiben und Auslobung*” e na italiana, “*offerta pubblica e concorso*”. É que, tal como sucede com a língua portuguesa, o termo *Auslobung* não contempla expressão equivalente para a língua francesa (e também a italiana) – cfr. ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*, pp. 39-40. Mas a confusão terminológica adensa-se ainda mais quando comparando o artigo mencionado com o seu predecessor cujas epígrafes, nas referidas línguas e, respetivamente, são as seguintes: “*offre sans engagement et offres publiques*”, “*Antrag ohne Verbindlichkeit, Auskündigung, Auslage*”, “*proposta senza impegno e proposta pubblica*”. O argumento sistemático também não colhe. Os direitos português e italiano consagram este negócio em momento sistematicamente posterior às regras sobre a eficácia obrigacional de promessas unilaterais numa parte própria relativa aos negócios unilaterais obrigacionais. Já o direito suíço, por sua vez, enuncia a regra acima descrita no Capítulo I (do Título I das Parte I) do Código das Obrigações que se intitula “das obrigações provenientes de contrato” o que faz legitimamente emergir a questão de saber se a fonte da promessa ao público é ou não de matriz dialogante. Esta confusão é bem visível acima de tudo nos manuais de direito das obrigações ou nos comentários ao Código das Obrigações. GUHL, MERZ e KOLLER colocam a figura da *Auslobung* suíça como constituindo um caso especial de emergência de obrigações por via contratual (*Besondere Fälle des Vertragsschlusses*) dentro de um capítulo precisamente relativo à constituição de obrigações contratuais; todavia, quando descreve a figura, admite poder tratar-se de uma verdadeira promessa unilateral (*einseitige Versprechen*) ou de um contrato (com particularidades próprias) sobre a égide da oferta a pessoa indeterminada (*Offerte an unbestimmte Personen*) – cfr. GUHL, *et al.*, *Obligationenrecht*, §13, em especial, pp. 109 e ss. ENGEL, por sua vez, segue pelo mesmo caminho no tocante à inserção estrutural da promessa pública no seu manual, chamando a atenção para o seu lugar errado na sistemática do código precisamente por não se tratar de um contrato – cfr. ENGEL, *Traité des obligations*, pp. 209-11; AAVV, *Basler Kommentar* (HONSELL, VOGT, WIEGAND ed.), comentário ao artigo 8.º, §1, p. 103.

⁸⁷¹ Na obra *La Promessa al pubblico*, SBISÀ dedica um capítulo inteiro (Cap. V) à argumentação sobre o motivo pelo qual a promessa pública consagra uma natureza bilateral (*idem*, pp. 191 e ss.).

promesse al pubblico reconduz-se unicamente ao âmbito de efeitos meramente procedimentais porquanto a declaração promissória visa alcançar, em última análise, uma relação bilateral; ou seja, tem um efeito perlocutório da busca da *acceptio*. Mas, ao contrário do caso da *offerta pubblica*, há um período intermédio entre a declaração promissória e a sua aceitação que difere deste segundo caso e que a lei prevê regular. Segundo SBISÀ, a lei confere efeitos jurídicos especiais à própria declaração⁸⁷². Tais efeitos nada mais são do que a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma garantia (em sentido não-técnico) ao beneficiário da promessa quanto cumprimento do facto prometido (justificação da vinculatividade), mantendo-se *firme* a declaração negocial sem qualquer possibilidade de a revogar, exceto por justa causa, nos termos do artigo 1990 do *codice*. Embora configure um caso especial, tem, por isso, natureza de proposta, e deve ser juridicamente tratada como tal⁸⁷³. O marco de SBISÀ pode não ter tido reflexos notórios na jurisprudência italiana, mas é certo que deixou um legado na doutrina porque – querendo ou não – acabou por criar fundamentos para a denominada “teoria do negócio unilateral com estrutura e relevo bilateral”⁸⁷⁴.

Outros juristas – em paralelo com a posição de SBISÀ – afirmam que o artigo 1989 deve ser lido em conjunto com os artigos 1333 e 1336 do *codice*, ou seja, respetivamente, com as normas relativas aos contratos unilaterais e oferta ao público. Admitindo ser uma proposta de contrato unilateral, mas tendo um carácter especial por ser anunciada publicamente, juristas como SACCO, FORCHIELLI e CASTRONOVO, defendem que a promessa mencionada no artigo 1989 deve conter uma fatispécie análoga àquele contrato, nomeadamente no que respeita à natureza incerta do beneficiário (promessa *ad incertas personas*)⁸⁷⁵. SACCO utiliza o

⁸⁷² SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 117 e 223.

⁸⁷³ AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 64.

⁸⁷⁴ Cfr. o recente estudo de ASTONE, *Contratto, negozio, regolamento*, pp. 177 e ss.

⁸⁷⁵ SACCO, “Contratto e negozio a formazione bilaterale”, pp. 951 e ss.; “La conclusione dell’accordo”, p. 70; FORCHIELLI, “Offerta al pubblico”, p. 765; CASTRONOVO, *Problema e sistema*, p. 287, nota de rodapé 21.

argumento segundo o qual a possibilidade de não-aceitação do beneficiário tem a natureza jurídica de uma rejeição proposta. Esta rejeição pode ser expressa, tácita, ou silenciosa – o que significa que a diferença entre o disposto no artigo 1989 e o 1933 é “meramente aparente”⁸⁷⁶. Para SACCO, “segundo o artigo 1333, a promessa individual é irrevogável e não apenas perfeita em virtude da receção ou conhecimento; segundo o artigo 1989, primeiro parágrafo, a irrevogabilidade depende da perfeição da promessa, que consiste no anúncio público”⁸⁷⁷.

As conceções contratualistas da promessa pública são minoritárias – e grande parte delas, italianas – mas é possível encontrar autores europeus como SCHWARZ (alemão) ou COIPEL (belga) que, ao confundirem o conceito de promessa com o de proposta, acabam – intencionalmente ou não – por indiciar o carácter bilateral da promessa pública⁸⁷⁸. Esta é, sem dúvida, uma manifestação da polissemia do vocábulo “promessa” no quadro teoria do negócio jurídico obrigacional, nomeadamente no que respeita à diferença entre (*dp*) e (*P*) que distingi no Capítulo II.

Pelo exposto, a divergência assenta fundamentalmente em três vertentes: (*i*) natureza do elemento *ad incertas personas*; (*ii*) confusão terminológica entre promessa e proposta e; (*iii*) papel e lugar adequado para a *acceptio* na teoria do negócio jurídico. É precisamente através de uma argumentação crítica sobre estes três pontos, que vozes como CARIOTA FERRARA⁸⁷⁹, DI MAJO⁸⁸⁰, D’ANGELO⁸⁸¹, DI

⁸⁷⁶ SACCO, “Contratto e negozio a formazione bilaterale”, p. 978.

⁸⁷⁷ *Ibid.* SACCO nota, todavia, a diferença de regimes quanto à possibilidade de revogação da promessa pública por justa causa (p. 979).

⁸⁷⁸ SCHWARZ, “Das einseitige Rechtsgeschäft”, p. 558; COIPEL, “La théorie de l’engagement par volonté unilatérale”, pp. 65 e ss., *apud* FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 835, nota de rodapé 235.

⁸⁷⁹ CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, p. 143.

⁸⁸⁰ DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, pp. 114 e ss.

⁸⁸¹ D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, pp. 680 e 683 e ss.

GIOVANNI⁸⁸², entre muitos outros⁸⁸³, estruturam a promessa pública no sentido de atribuir uma natureza unilateral. A jurisprudência alinha-se no mesmo sentido⁸⁸⁴. A constituição do vínculo dá-se, portanto, independentemente da *acceptio* e tal facto não é desconforme com o disposto no artigo 1987 do *codice* – é, pois, uma situação prevista na lei.

No direito alemão, desde SIEGEL⁸⁸⁵ que não restam dúvidas à maioria da doutrina e à jurisprudência quanto à natureza unilateral da *Auslobung* prevista nos §§657-63 do BGB⁸⁸⁶. As posições contratuálistas são quase inaudíveis e excessivamente pouco fundamentadas: veja-se o exemplo de PIPER que, em sede de comentário do §145 do BGB relativo à oferta ao público, inclui a *Auslobung* como uma espécie desta figura a par com venda automática e venda *self-service*, enquanto exemplo típico de proposta *ad incertas personas*⁸⁸⁷; ou as teses mais antigas de KOHLER que vêm na promessa pública um verdadeiro contrato, em particular, um *Werkvertrag*⁸⁸⁸.

Nos ordenamentos jurídicos da família de *common law* o problema da *promise of rewards* coloca-se sob um prisma conceptualmente diverso. O dogma do *consensus* atinge o seu cume exatamente no tratamento jurídico que os direitos desta família dão a esta figura. Para os *common lawyers*, a promessa é a base das relações obrigacionais voluntárias; é, nas palavras de LERNER, o “eixo do direito contratual”⁸⁸⁹. Enquanto que nos direitos romano-germânicos a dicotomia

⁸⁸² DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 67 e 115 e ss.

⁸⁸³ Vide, por exemplo, TAMBURRINO, “Promessa unilaterale e offerta di contratto al pubblico”, p. 468; BARASSI, quando diz que prometer ao público significa “*impegnarsi unilateralmente*” (*Obbligazioni*, p. 307); LISERRE, *Lezioni di diritto privato*, p. 71.

⁸⁸⁴ Cfr. Cass. 6-10-1995, n.º 10500, *GI*, I, 1, p. 258; Cass. 12-11-1999, n.º 11158, *NGL*, 1994, p. 320; Cass. 26-02-1988, n.º 2064, *RGC*, 1988, p. 1092.

⁸⁸⁵ SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, §11, pp. 104 e ss.

⁸⁸⁶ PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 1078 e ss.; RIECKE, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 1143-4. Para um resumo histórico, SEILER, in *AvVv, Münchener Kommentar*, IV, pp. 1743 e ss.; ver também, VON MAYR, *Die Auslobung*.

⁸⁸⁷ PIPER, *Das BGB – Kommentar*, comentário ao §145, n.º 6.

⁸⁸⁸ KOHLER, *Lehrbuch*, p. 356.

⁸⁸⁹ “Promise of Rewards”, p. 58.

discursiva do negócio jurídico obrigacional é estabelecida entre a promessa unilateral e o contrato, já nos direitos de *common law* a *promise* encontra-se apenas presente na *offer* e no *contract*⁸⁹⁰ e não deve, como relembra STOLJAR, ser confundida com o conceito de *consideration*⁸⁹¹. O desconhecimento dogmático-sistémico do conceito de negócio jurídico unilateral reconduz a noção de *unilateral promise* à de contrato unilateral⁸⁹². Não é, no entanto, uma operação automática nem tão-pouco residual: resulta de uma construção dogmática, por vezes de difícil acompanhamento para um jurista de *civil law*, perpetrada pelo extenso *case law*. Como todas as promessas unilaterais carecem de *consideration*⁸⁹³ – salvo raríssimas exceções (*deed*⁸⁹⁴) – a sua ausência resulta numa ineficácia (*non-enforceability*) do ato em causa, então poder-se-á colocar legitimamente a questão de saber em que medida é que se justificam as *promise of rewards*. O problema da

⁸⁹⁰ Vide o caso *Rhode Island Hospital Trust National Bank v. Varadia & others*, 647 NE 2nd 1174, 1177 (1995). Contra a doutrina dominante – procurando estabelecer uma distinção dogmática entre *offer-acceptance* e *promise* –, TIERSMA, “Reassessing Unilateral Contracts”, pp. 1 e ss. Para um desenvolvimento, contando, contudo, com uma focalização comparatística no direito holandês, SAMUEL, RINKES, *The English Law of Obligations in a Comparative Context*.

⁸⁹¹ STOLJAR, “The Ambiguity of Promise”, pp. 17-19.

⁸⁹² Para o direito norte-americano, LERNER, “Promises of Rewards”, p. 58; para o direito inglês, o já citado famoso caso *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company*. Comparando com o *Restatement (1st) of Contracts*, uma análise cuidada ao *Restatement (2nd) of Contracts* evidencia o abandono da expressão “*unilateral contract*”, mas o conceito mantém-se de forma indireta nos *option contracts* (cfr. §45). A dicotomia ambígua *unilateral/bilateral contract* continua presente tanto na linguagem académica como jurisprudencial. A este propósito, cfr. os casos *Woodbridge Place Apartments v. Wash. Square Capital Inc.*, 965 F.2nd 1429 (1992) e *Rode Oil Co. v. Lamar Adver. Co.*, No. W2007-02017-COA-R3-CV (2008). Cada vez mais têm emergido vozes na doutrina no sentido de terminar com esta abordagem dicotómica que muito tem preocupado e perturbado os juristas de *common law* (assim, BEH, STEMPEL, “The Unforced Errors of Unilateral Contract Characterization”, *maxime* pp. 91-110). Já na década de 50 do séc. XX, STOLJAR tinha chamado a atenção para os diversos problemas conceituais do referido binómio optando por uma visão baseada fundamentalmente na aferição do tipo de efeito extraído de uma determinada promessa (“The False Distinction”, p. 524).

⁸⁹³ Para os *common lawyers*, por definição, uma *gratuitous promise* é uma promessa sem *consideration* (ANSON, *Principles*, p. 59 e ss.).

⁸⁹⁴ Vide casos *Cannon v. Hartley*, [1949] Ch. 213; *Wing v. Chase*, 35 Me. 260; *McCarty v. Beach*, 10 Cal. 461; Cfr. GILLES, *Contract Law*, p. 36; HUDSON, *Equity and Trusts*, p. 167; MEENA, *Law of Contract*, p. 34, *a contrario*. Para alguns autores não existe verdadeiramente uma falta de *consideration*, mas uma *consideration* meramente nominal pois a lei presume (*rectius*: ficcional), nestes casos, uma *sufficient consideration* – neste sentido, STORY, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*, pp. 349 e ss. Esta posição é minoritária.

exigibilidade e manifestação de uma potencial *consideration* é, em bom rigor, um problema paralelo, embora tangente, ao tópico da eficácia da promessa⁸⁹⁵ e, por meio indireto, à matéria da aceitação da mesma. A sofisticação teórica da doutrina da *consideration* feita através de uma mutação funcional de cariz jurisprudencial⁸⁹⁶ veio introduzir a ideia de que nos *unilateral contracts* a *acceptance* do beneficiário se encontra funcionalmente contida no ato de cumprimento (*performance*)⁸⁹⁷, o

⁸⁹⁵ Sigo as linhas de STOLJAR que, ao criticar. WILLISTON, por um lado e GOBLE e GREEN, por outro, na tentativa de distinguir os conceitos de “*promise*” e “*consideration*”, escreve que ambos são “*very different creatures. A promise is an activity; consideration is a test; a promise is an occurrence; consideration has a function. The confusion arises because promise and consideration overlap inasmuch as a promisor must always promise something which something immediately involves ‘consideration’.* But this inevitable intimacy must not confound their separate meanings; even things intimate can at best be twins” (STOLJAR, “The Ambiguity of Promise”, p. 17. Note-se que estas palavras se referem a uma preocupação do autor no que toca ao §12 do *Restatement (1st) of Contracts* que define “*unilateral contract*” como “*one in which the promisor receives a promise as consideration*”.

⁸⁹⁶ ATIYAH é um profundo crítico da *doctrine of consideration* não a entendendo como uma “verdadeira doutrina”, mas uma ideia multiforme bem mais simples do que os académicos e os tribunais pensam. (cfr. *Essays on Contract*, p. 179). As duras críticas de ATIYAH geraram um profundo terramoto no meio académico e jurisprudencial, de tal modo que se procura atualmente “reconstruir” ou “reinterpretar” o conceito.

⁸⁹⁷ Ver, por todos, TIERSMA, “Reassessing Unilateral Contracts”, p. 25. STOLJAR distancia-se ainda mais ao afirmar que nos *unilateral contracts* nunca será possível falar em verdadeira *acceptance*, na medida em que tal conceito só faz sentido no modelo *offer-acceptance* que não se verifica nestas situações (cfr. STOLJAR, “The False Distinction”, pp. 518 e ss.). Criticando tais opiniões, LERNER, “Promises of Rewards”, p. 67. Consigo acompanhar tanto o raciocínio de LERNER como de STOLJAR. Tenho dúvidas, porém, que LERNER tenha realmente compreendido o conceito de *contract* proposto por STOLJAR. Na verdade, este autor adota por completo os conceitos de *contract* e de *promise* mais tarde materializados, respetivamente, nos §1 e 2 do *Restatement (2nd) of Contracts*, ou seja, concebe um conceito amplo de *contract* onde poderá estar incluída aquilo a que os juristas de *civil law* denominam por *promessas unilaterais* (com *consideration*). No meu ponto de vista, ao fazer uma abordagem multifamiliar – na medida em que escreve sobre o Código Civil do Louisiana em comparação com o modelo clássico norte-americano – o problema de LERNER jaz numa confusão que o autor estabelece entre o elemento determinação do beneficiário da promessa de recompensa e o elemento aceitação da declaração promissória (cfr. LERNER, “Promises of Rewards”, p. 68). De qualquer forma, é de realçar a “inovação” trazida por este autor no que toca designadamente ao reajustamento concetual da ideia de *consideration* no direito norte-americano de modo a justificar, não só que a perspetiva unilateral da *promise of rewards* é juridicamente a mais adequada, como também – e sobretudo – que o direito positivo dos EUA a acolhe. Nas suas palavras, na *promise of rewards*, o ato de aceitação como requisito essencial é “incoerente na teoria e ineficiente na prática” pois “tentar explicar a promessa em termos contratuais é o único resultado que se pode extrair do entendimento de que o acordo é a única expressão da autonomia da vontade” (ambas, *ibid.*) O que é curioso verificar é que no que diz respeito ao processo formativo e bem assim ao conteúdo dos *unilateral contracts*, LERNER acaba por convergir, *grosso modo*, com as posições daqueles outros

que evidencia um exemplo de uma *executed consideration*. Como consequência direta, o elemento cognoscibilidade (*k*) do beneficiário quanto à existência da declaração promissória assume-se como requisito essencial à emergência de uma relação obrigacional.

2.2.4. FUNÇÕES SIGNIFICATIVAS

A promessa pública é um negócio jurídico de eficácia obrigacional. A função eficiente manifesta-se na força ilocutória de prometer (*p*) contemplada na declaração negocial. O beneficiário que pratique o facto ou se encontre na situação prevista adquire o direito à prestação devida. O fundamento e o regime desta atribuição serão analisados em sede própria.

No entanto, encontram-se vozes na doutrina nacional e estrangeira no sentido de alargar os efeitos deste tipo legal de promessa para um panorama meta-obrigacional. PAIS DE VASCONCELOS é da opinião de que a promessa pública pode ter outro tipo de eficácia para além da obrigacional. Segundo o autor, “nada impede, todavia, a promessa pública tenha uma eficácia diferente, que se traduza, por exemplo, num perdão de dívida prometido por um banqueiro a quem se encontrar em certa situação ou praticar uma certa ação, ou a um seu cliente designado por sorteio. O efeito remissivo pode operar potestativamente independentemente do cumprimento de um comportamento devido por parte do promitente”⁸⁹⁸. No mesmo sentido, a par de BRANCA, DI GIOVANNI escreve que a promessa pública não tem de ter eficácia obrigacional, mas pode ter “efeitos translativos ou constitutivos de direitos reais”⁸⁹⁹. Estas posições suscitam dúvidas. Em primeiro lugar, a promessa pública encontra-se regulada na parte relativa aos

autores que procurou, num primeiro momento, criticar. A conclusão que se extrai do texto do autor é a de a promessa de recompensa configura um caso especial de contrato *ex uno latere*.

⁸⁹⁸ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 456.

⁸⁹⁹ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 121; BRANCA, “Promesse unilaterali”, pp. 454 e ss.

negócios jurídicos unilaterais enquanto fonte obrigacional. Só este facto não é contra-argumento que sustente, por si só, uma opinião contrária. Em segundo lugar, o artigo 459.º/1 do CC utiliza os seguintes termos: “prometer”; “prestação”, “vinculado” e “promessa”. Todos estes quatro elementos têm uma conotação direta com a ideia de eficácia obrigacional. O número dois do mesmo preceito vem confirmar esta tese ao indicar que “o promitente fica obrigado(...)”. Como procurei definir no Capítulo II, a promessa envolve impreterivelmente a ideia de previsão de um ato, ato esse futuro e incerto, positivo ou negativo, a favor de um potencial “beneficiário”. A promessa, só porque é *pública* nunca poderá perder a sua natureza promissória. A posição de PAIS DE VASCONCELOS é omissa quanto ao carácter futuro e incerto do ato prometido – a estrutura é a de uma não-promessa ($\neg P$): “verificado o facto (*c*), produzir-se-ão os efeitos (*e*)”. A única possibilidade de reconstrução promissória do exemplo de PAIS DE VASCONCELOS seguiria a seguinte perspetiva: “nas circunstâncias (*y*), prometo (publicamente) atuar no sentido de remitir a dívida”. E aqui jogará a estrutura discursiva do negócio remissivo que, como já se referiu, tem natureza contratual (artigo 863.º/1 do CC). O caso proposto pelo autor deve ser analisado ou como uma não-promessa ou, se a declaração tiver natureza promissória – estrutural ou discursivamente condicional –, como uma situação de *oferta pública remissiva*. Assim também aconteceria nos casos propostos por BRANCA e DI GIOVANNI em que os efeitos reais não se operam automaticamente, verificada aquilo a que, como veremos melhor, denomino por *condição de determinabilidade*; promete-se vir a praticar um ato jurídico translativo, suggestionando-se, uma vez mais, a natureza de proposta de contrato preliminar que pode assumir a forma de contrato-promessa unilateral sujeito a regras formais e substanciais próprias. Posiciono-me, por isso, ao lado de FERREIRA DE ALMEIDA, quando escreve que a promessa pública “é, por natureza, rígida na sua eficácia jurídica obrigacional”⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 829.

Quanto à sua função económico-social, a promessa pública apresenta-se como um negócio aberto por força da sua natureza. O problema do seu *vestimentum* coloca-se, *prima facie*, na determinação sobre a sua exigibilidade causal. A falta de previsão legal sobre a sua abstração funcional evidencia, sem qualquer dúvida, que a promessa pública não é um negócio *despido* de causa⁹⁰¹. Em Itália, a causa é tópico bastante discutido. Desde MESSINA e FRAGALI que se fala numa *função própria* da promessa pública⁹⁰². Alguns autores como FERRI, MIRABELLI e SBISÀ sustentam a tese de que a promessa pública pertence a uma *categoria genérica* negocial, ou seja, a um *esquema abstrato* nos termos do qual se pode concretizar uma panóplia de interesses funcionais, o que não invalida a sua causalidade concreta⁹⁰³. Para FERRI, ela é um exemplo que *cooperação económica* assumindo diversas funções específicas⁹⁰⁴. Como resultado da sua multifuncionalidade típica, alguns autores dividem as promessas públicas em promessas de causas onerosas e causas gratuitas⁹⁰⁵. FALQUI-MASSIDA⁹⁰⁶ entende que a promessa pública tem apenas carácter de liberalidade tal como D'ANGELO se posiciona num sentido de a aproximar da doação, embora distinguindo entre gratuidade interessada e desinteressada⁹⁰⁷. Assim também, com algumas *nuances*, se manifesta DI MAISTO, trazendo à colação a categoria de *solidariedade social*⁹⁰⁸ e contrariando as teses de SBISÀ⁹⁰⁹. Entre nós, ALMEIDA COSTA descreve este negócio como uma “categoria geral susceptível de múltiplas concretizações”,

⁹⁰¹ Assim, SEILER, in AvVv, *Münchener Kommentar*, IV, pp. 1750 e ss.; MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, pp. 789 e ss.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 831.

⁹⁰² MESSINA, *La promessa di recompensa al pubblico*, p. 48; FRAGALI, “Obbligazioni”, p. 354.

⁹⁰³ MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 98; FERRI, *Le promesse unilaterali*, pp. 26-7; MIRABELLI “Promessa unilaterali e mediazione”, p. 180; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 17 e ss.

⁹⁰⁴ FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 26.

⁹⁰⁵ Referências doutrinárias em CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 248.

⁹⁰⁶ FALQUI-MASSIDA, “Promessa unilaterale”, p. 87, nota de rodapé 14.

⁹⁰⁷ D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, pp. 693 e ss., em especial, p. 704.

⁹⁰⁸ MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 99.

⁹⁰⁹ SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 28-34.

podendo ser onerosa ou gratuita, se existir, nos termos gerais, uma “intenção de liberalidade ou, diversamente, uma correspondência económica entre aquela e a situação ou facto que e prevê”⁹¹⁰. Já para FERREIRA DE ALMEIDA, ela “admite mais do que uma seleção paradigmática na *função económico-social*, adaptando-se a múltiplos objetivos negociais típicos, designadamente os de liberalidade, troca e garantia”⁹¹¹. O direito inglês parece pender apenas para a liberalidade, rejeitando a ideia de função de troca⁹¹².

Sigo, sem grandes oscilações, a linha de FERREIRA DE ALMEIDA. A função de troca, entendida no sentido de bi- ou plurilateralidade da relação custo/benefício⁹¹³, encontra-se evidenciada sempre que o facto ou a situação prevista, que confere eficácia à obrigação promissória, sejam futuros e economicamente favoráveis ao promitente como sucede no caso de alguém prometer pagar uma determinada quantia como recompensa pela produção de uma certa descoberta que possa ser objeto de proveito económico por parte do promitente⁹¹⁴. Proveito económico, neste sentido, abrangerá benefícios económicos futuros e não-perdas resultantes da prática do ato previsto (ou situação). Erradas estão as teses que sustentam a ideia de que a promessa pública não pode ter caráter de troca porque o ato a ser praticado pelo beneficiário – ou situação prevista – não corresponde a uma verdadeira contraprestação⁹¹⁵. A exigibilidade da contraprestação não é elemento característico da função de troca: ela não se manifesta apenas nas relações contratuais e a reciprocidade intrínseca não é exclusiva função eficiente de promessa⁹¹⁶. Em segundo lugar, é

⁹¹⁰ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 468 e 469-70.

⁹¹¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 829. Também no sentido da multiplicidade funcional se posiciona MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 687-8.

⁹¹² BRUDNER, *The Unity of the Common Law*, p. 200 nota de rodapé 62.

⁹¹³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 521 e ss.

⁹¹⁴ ANTUNES VARELA considera igualmente ser possível atribuir a função de troca à promessa pública onerosa (*Ensaio sobre o conceito de modo*, pp. 131 e ss.).

⁹¹⁵ Cfr. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 250-1.

⁹¹⁶ Assim, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 527.

perfeitamente possível que a promessa pública se destine a “suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa do promissário”, situação onde se manifesta a função de garantia⁹¹⁷. Em terceiro e último lugar, nada parece obstar a que a promessa pública não possa consagrar uma função de fim equivalente ao contrato de doação (função de liberalidade), sob um esquema discursivo diverso. O exemplo mais emblemático está presente nos casos em que o promitente pretende recompensar quem descubra a cura de uma doença, ou naqueles em que se atribuem prémios artísticos, nos termos dos quais o promitente não prevê a possibilidade de beneficiar económica e diretamente do facto ou situação previstos. A ligeira diferença que é sugerida por DI MAISTO, entre gratuidade e solidariedade social, tem que ver com a distinção entre aquelas situações onde – e respetivamente – o promitente prevê algo em *troca*, mas de forma gratuita (promete recompensar quem descobrir um determinado facto que não lhe dá proveito económico direto), das outras em que há um puro sentimento altruísta (promete recompensar o vencedor de um prémio artístico). Não deixa, contudo, de ser verdade que mesmo nas promessas puramente gratuitas, ou de liberalidade pura, existe sempre um sentimento de satisfação e de interesse pessoal do lado do promitente, manifestado, ainda que ficcionalmente, pelo *animus declarandi*.

Neste sentido, a função económico-social que desempenha o negócio de promessa pública deve ser apreciada casuisticamente de acordo com a justificação descrita entre o ato prometido na declaração promissória e a condicionalidade inscrita no texto desta no quadro das funções económico-sociais típicas. Compreendem-se as teses da *abstração esquemática* desta figura que evidenciam a abertura sistémica para a prossecução de uma multiplicidade de interesses.

⁹¹⁷ *Idem*, p. 830.

2.2.5. ELEMENTOS DA FATISPÉCIE

A. BENEFICIÁRIO (*QUIVIS EX POPULO*) E A “INDETERMINAÇÃO” COMO PARADIGMA FIXO

Como qualquer *promessa*, a promessa pública tem de compreender um promitente e um beneficiário. A particularidade deste negócio face à tradicional ideia de promessa unilateral assenta no facto de a pessoa do beneficiário ser concretamente indeterminada, mas abstratamente determinável. No panorama das famílias de *civil law* esta característica é transversal aos ordenamentos. Refiro-me em particular ao direito alemão (§657 do BGB) e ao direito italiano (artigo 1989 do *codice*). Quanto a este último, o aceso debate sobre a lateralidade da promessa pública fez com que os defensores da tese unilateralista procurassem na obrigação *in incertam personam* um argumento a seu favor⁹¹⁸. Em Espanha, embora sendo um negócio legalmente atípico, porém socialmente típico, desde o estudo de MARTINEZ DE AGUIRRE⁹¹⁹ que as fontes mediatas assumem a natureza indeterminada do beneficiário da promessa pública (de recompensa).

A pré-indefinição típica do negócio resulta do carácter *público* da promessa: pelo facto de não se conhecer o beneficiário real ou potencial, a forma de emissão justifica a indeterminação daquele que adquire – ou pretende adquirir – o direito à prestação prometida⁹²⁰. Por este motivo se compreende a incompatibilidade ontológica da promessa pública com de declarações unilaterais promissórias

⁹¹⁸ Neste sentido, MIRABELLI “Promessa unilaterali e mediazione”, p. 173; FERRI, *Le promesse unilaterali*, pp. 29-30; BRANCA, “Promesse unilaterali”, pp. 351 e ss.

⁹¹⁹ “La promesa pública de recompensa en el Derecho comparado”, pp. 794-6.

⁹²⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 829; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 119-20; AAVV, *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, pp. 72-3; Ver também, na jurisprudência italiana, Cass. 10-02-1969, n.º 449, *in Giur. it* 1969, p. 1702; Cass. 18-05-1967, n.º 1039, *in Giust. civ.*, 1967, I, p. 1267; Cass. 8-03-1995, n.º 2707, *in BBTC*, 1996, p. 300; DE LUCCA, *Comentários*, p. 10.

endereçadas *ad incertas personas* incorporadas em negócios titulados⁹²¹. Adicionalmente, o alcance semântico do adjetivo “público” consagra duas vertentes: a primeira tem que ver com o *modus declarandi* que deve ser expresso por meio de anúncio público; a segunda relaciona-se com a não-identificação da contraparte do vínculo a constituir⁹²². Tautológica será então a afirmação segundo a qual “a promessa pública dirigida a uma pessoa indeterminada é válida” porquanto o elemento indeterminação é caracterizador da própria figura.

Com efeito, se (A) coloca um cartaz num local público indicando que promete pagar a (B) a quantia (z), embora a promessa seja “pública”, ela apenas está “publicamente anunciada”. O caso em preço consagra uma declaração negocial tendente a um contrato de doação (promessa ou oferta de doação), não havendo qualquer constituição obrigacional automática: *a ser válida*, a declaração apenas produz os efeitos decorrentes de uma proposta negocial. O mesmo sucede nos casos que denomino por *recompensas públicas aparentes*: (A) coloca o mesmo cartaz prometendo entregar €100 a (B) se este encontrar o seu anel de noivado perdido. De acordo com a literalidade do artigo 459.º/1 do CC poder-se-ia pensar que se está perante uma promessa pública, mas a verdade é que, uma vez mais, a natureza desta declaração configura uma proposta – de contrato de prestação de serviço – formalizada através de um ato dotado de publicidade, feito nos termos do artigo 225.º do CC⁹²³. Adjetivo estas recompensas de “aparentes” porque admito que, funcional e economicamente, não deixam de ser recompensas – configuradas em sentido lato e mitigadas no conceito de *reciprocidade* que é um elemento característico da função económico-social de troca. E mais concretamente, o sentido do vocábulo “recompensa” corresponde, nesta sede, ao

⁹²¹ CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 222; na jurisprudência italiana, tem-se entendido que a promessa pública efetuada mediante um título cambiário é nula – Cass. 8-03-1995, n.º 2707, in *BBTC*, 1996, p. 300.

⁹²² Assim também, FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, p. 115; Cass. 30-3-1960 n. 693.

⁹²³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 327. Recorde-se que este artigo tem um âmbito ligeiramente mais amplo do que apenas o amparo de declarações *ad incertas personas*, acolhendo, outrossim pessoas *conhecidas* de paradeiro *desconhecido*.

conceito (amplo) de *sinlagma*, noção essa que, em sentido técnico, se encontra fora do espectro funcional da unilateralidade auto-vinculativa da promessa pública.

A indeterminação do beneficiário reconduz-se à ideia de que o mesmo se encontra abstratamente incluso num conjunto pré-definido independentemente da natureza *geral* ou *específica* do público-alvo. Para alguma doutrina, esta indeterminação (*in incertam personam*) evidencia o caráter *não recetício* da declaração promissória pública⁹²⁴, elemento diferenciador entre a promessa pública e a doação: enquanto nesta se verifica um ato *intuitus personae*, naquela, por natureza, tal não sucede. A exclusão da natureza *receptiendi* do ato declarativo promissório compreende corolários relevantes no que toca, por exemplo, à questão das vicissitudes “volitivas”, nomeadamente na matéria do erro⁹²⁵. Se não for geral, o conjunto pré-definido deve ser identificado pelo promitente sob pena deste emitir uma declaração com um conjunto abstrato de potenciais beneficiários mais ampla do que o desejado. Assim, a recompensa pode destinar-se a um público-alvo específico tal como certos moradores de uma vila, estudantes do ensino superior, mulheres a partir dos cinquenta anos⁹²⁶, etc.

Não se deve confundir a *indeterminação* do beneficiário da promessa pública com a *indeterminabilidade* do credor da obrigação. O elemento característico da promessa *ad incertas personas* consagra um exemplo clássico da

⁹²⁴ Assim também, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 214; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, pp. 690 e ss.; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 120; FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 30. FALQUI-MASSIDDA acolhe a tese da não *receptiendi*, mas ao contrário da posição que tomei, acompanhada pelos autores aqui mencionados, justifica a sua conclusão através do argumento do método usado – a publicidade e já não a indeterminabilidade do credor (“Promessa unilaterale”, p. 110).

⁹²⁵ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 20. Com apresentação das teses a favor e contra a anulabilidade da declaração da promessa pública com base no erro, por todos, FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, pp. 111-2.

⁹²⁶ DI GIOVANNI, *idem*; DE LUCCA, *Comentários*, p. 10; ROBERTO GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, pp. 573-4.

primeira parte do artigo 511.º do CC⁹²⁷. Não gera, por isso, nulidade negocial por indeterminabilidade. A aplicação da última parte deste preceito verifica-se quando, por exemplo, alguém anuncia publicamente que promete recompensar outrem sem identificar uma pessoa específica ou um conjunto de pessoas abstratamente qualificáveis como potenciais beneficiários. Esta é uma situação que denomino por *impossibilidade genética determinativa* e que gera invalidade negocial por falta de um pressuposto essencial, visto não existir maneira de se determinar a pessoa do beneficiário, seja através de uma indicação direta no texto da declaração promissória, seja por via de uma concretização *a posteriori* como resultado da prática de um certo ato (ou a existência de uma situação). Julgo que, do mesmo modo – mas reflexamente – também se poderá estender o raciocínio aos casos em que a totalidade das pessoas se encontra afetada diretamente pela promessa de forma indistinta como sucede na situação (académica) em que alguém anuncia publicamente que irá recompensar quem tenha personalidade jurídica. Ora, todos os potenciais beneficiários da promessa terão, por defeito, de ter personalidade jurídica; logo, esta obrigação não determina o credor – que não pode corresponder à totalidade das pessoas. Denomino estes casos de *determinabilidade absoluta*⁹²⁸. Sem prejuízo do absurdo deste tipo de declarações, a promessa tem de ter, por natureza, um beneficiário determinado.

Um aspeto ainda a realçar tem que ver com a forma como se promove a determinação da pessoa do beneficiário e bem assim, saber da sua relevância para efeitos de justificação da *indeterminação* enquanto elemento essencial e característico desta espécie de negócio jurídico unilateral. Identifico quatro casos

⁹²⁷ PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 527. ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 745. O artigo 511.º do CC abrange outros casos tais como títulos ao portador (MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 159).

⁹²⁸ Não se confunda o problema da indeterminação do beneficiário com a indeterminação da prestação. Esta última é regulada pelo artigo 400.º do CC, nos termos do qual é indicado no número um que “a determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes ou a terceiro”, devendo ser “feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados”. Por conseguinte, não é inválido o caso em que uma pessoa promete recompensar pecuniariamente – sem indicação da quantia – quem encontrar, por exemplo, o seu *piccolo* perdido.

distintos onde se opera esta concretização: (i) no momento da prática, do ato positivo ou negativo (t_1); (ii) no momento da alteração para a situação prevista (t_1); (iii) no momento da verificação da situação prevista em sede temporalmente posterior ao facto auto-vinculativo (t_1); (iv) aquando da enunciação da declaração promissória (t_0).

O primeiro ponto configura aquelas situações segundo as quais a determinação do credor encontra-se funcionalmente dependente de um evento futuro e incerto assente na prática de um facto positivo ou negativo (condição suspensiva imprópria) – verificado o facto, emerge o direito crédito na figura do beneficiário que, *ipso facto*, se identifica. Exemplificando: (A) promete publicamente pagar um milhão de euros a quem conseguir resolver o último teorema de FERMAT. No momento (t_0), ou seja, no momento da perfeição formativa do negócio unilateral, assumindo que ninguém solucionou tal teorema, o beneficiário encontra-se indeterminado. Se, mais tarde, em (t_1), (B) resolve o problema de FERMAT, a determinação dá-se no momento da descoberta (evento futuro e incerto). No segundo caso está em causa a alteração do *status quo* para uma situação prevista no texto da declaração promissória pública – por exemplo, quando uma empresa farmacêutica promete publicamente pagar €1000 a quem demonstrar que para se curar da doença (y) tomou o medicamento (x) de forma adequada, e ainda assim não se curou (recordando o velho, famoso, mas sempre presente caso *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company*⁹²⁹). Ora, no momento (t_1) em que alguém contrai a doença (y), toma o medicamento e não se cura, dá-se a determinação do beneficiário e consequente atribuição do direito de crédito⁹³⁰. Este tipo de recompensa consagra situações onde se pede ao beneficiário que demonstre incorreta uma certa afirmação do promitente. De um ponto de vista da

⁹²⁹ (1893) 1 QB 256 C. Para desenvolvimentos, SIMPSON, “Quackery and Contract Law: The Case of the Carbolic Smoke Ball”, pp. 345 e ss.

⁹³⁰ Nestes casos, se tiver sido estabelecido pelo promitente um limite temporal mínimo, é sempre bastante difícil demonstrar quando é que rigorosamente se constituiu o direito à prestação. Compete ao beneficiário, nos termos gerais, o ónus de provar o facto constituinte.

teoria da promessa *supra* desenhada, é um caso onde o promitente *garante* ao beneficiário hipotético um certo *status quo*⁹³¹ que, caso não se venha a verificar, dá lugar à exigibilidade obrigacional. O terceiro caso está intimamente correlacionado com a situação anterior, mas ainda assim, é necessário autonomizá-lo. Aqui prevê-se a fixação de uma data específica para a verificação da situação definida no enunciado declarativo. Ou seja, o promitente estabelece um momento temporalmente fixo ou variável – mas, neste último caso, o evento futuro deve ser pré-determinado a um facto fixo – para a aferição da situação em causa: (A) promete publicamente entregar um prémio a quem, no dia (*n*), seja seu cliente (e não: *se torne*, no dia (*n*), seu cliente). Uma vez mais, o momento da determinação do credor é (*t₁*), ou seja, é um momento temporalmente posterior à declaração promissória.

Finalmente, o último caso merece uma atenção especial: a promessa pública feita a quem se encontre numa determinada situação ou tenha praticado um facto passado. Na situação em que várias pessoas já se encontravam na situação prevista aquando da enunciação da promessa, poder-se-ia concluir que a determinação do credor operou-se *ab initio*, evidenciando uma situação de pré-determinação. Este facto aponta para a não-essencialidade da indeterminação do credor no âmbito da celebração deste negócio unilateral, o que, no meu ponto de vista, consagra uma ideia incorreta da sua essência porquanto a indeterminação do credor respeita apenas e só ao texto da declaração promissória em termos *subjetivamente* aferidos pelo promitente. Noutras palavras, aquele que se pretende auto-vincular *desconhece* ($\neg k$), em (*t₀*), o efetivo beneficiário. É que, a conhecê-lo, a atribuição é direta e tem carácter de doação. Por isso é que, como bem relembra LERNER, a linha de fronteira entre a doação e a promessa de recompensa não é tão clara quanto aparenta⁹³². Na situação mencionada no quarto e último caso, a declaração não é

⁹³¹ Estado esse, no presente caso, presente ou futuro. Contudo, pode igualmente reportar-se ao passado desde que tal tenha sido indicado pelo promitente. Tudo dependerá da interpretação da declaração negocial nos termos do artigo 236.º do CC.

⁹³² LERNER, “Promises of Rewards”, pp. 89 e ss.

receptianda, e bem assim, o negócio não tem caráter *intuitus personae*, não sendo considerada como uma oferta de doação. A indeterminação do beneficiário é um paradigma fixo da promessa pública que não opera em função da circunstância tempo (*t*), mas em função do fator cognoscibilidade (*k*) do promitente, no momento do enunciado promissório, verificável em *modus* de negação “ $\neg k(Pt)$ de (*Be*)”. A determinação é feita segundo uma concretização objetiva, liberta dos elementos noéticos que lhe atribuíram justificação. Os atos previstos podem ter sido praticados em momento anterior à declaração promissória (o mesmo sucede com a situação prevista)⁹³³. Assim, se alguém promete publicamente uma prestação a favor de quem conseguir escalar o monte Atlas em menos de três horas, à partida, o promitente só se obriga perante pessoas que praticaram o facto no momento da eficácia declarativa (*t*₀) – facto presente – ou após esse momento (*t*₁) – facto futuro. Todavia, e ao contrário da linha tradicional, nada impede que o promitente queira premiar todos aqueles que fizeram tal feito desportivo em momento anterior (*t*_{0-x})⁹³⁴ desde que ele desconheça os beneficiários. A característica essencial *in incertam personam* mantém-se tal como se mantém a função de promessa. O que releva é o fator *incerteza* (ou desconhecimento) do lado do promitente no que toca à pessoa do beneficiário, porquanto as diferentes variações relativas ao evento determinativo devem ser objetiva e casuisticamente interpretadas em consonância com método previsto pelo artigo 236.º do CC. Por conseguinte, se a promessa pública tem como finalidade recompensar um feito específico baseado num evento futuro e incerto, por exemplo, premiar quem consiga bater o *record* dos 200 metros masculino conseguido por USAIN BOLT⁹³⁵ e se, mais tarde, o promitente vem a

⁹³³ Em Itália, enquanto que o entendimento maioritário entende ser possível que a promessa pública possa incidir sobre situações pré-existentes (D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, p. 762; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 242, BRANCA, “Le promesse unilaterali”, p. 463; FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, p. 87; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 692), já no que respeita a factos passados, a doutrina diverge (para exposição de ambas as posições, vide CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 218 e ss.).

⁹³⁴ Relembro que “x” corresponde a qualquer número negativo.

⁹³⁵ *Record* estabelecido em agosto de 2009 em Berlim, de 19,19 segundos.

saber que esse *record* tinha sido batido antes da formulação da promessa, embora a determinação sido feita em (t_0) e o ato praticado em (t_{0-x}) , a declaração promissória está contaminada por uma vicissitude “volitiva” e pode ser anulada com base do regime do erro⁹³⁶. Tudo dependerá da finalidade concreta que o negócio promissório pretende atingir.

Apresentarei em seguida outros exemplos que confirmam este meu argumento a favor da possibilidade de promessas públicas de factos ou situações passadas, passando agora pela análise de casos-fronteira nos termos dos quais há tanto conhecimento (k) como desconhecimento ($\neg k$) do beneficiário em (t_0) – “[$k(Pt) \wedge \neg k(Pt)$] de (Be) ”. Imagine-se, por hipótese, que o promitente conhece parte dos beneficiários, mas desconhece a outra parte: alguém pretende recompensar todos os associados de uma determinada ONG, sendo que conhece, pelo menos, 30% dos mesmos. Nesta situação, a indeterminação só se opera em função daqueles que o promitente desconhece (70%) porquanto os demais encontram-se *pré-determinados*. Será esta uma situação de um negócio misto (doação feita conjuntamente com uma promessa pública)? A resposta só poderá ser negativa, bastando fundamentar-se através de argumento *ad absurdum*. A concretização da (in)determinação justifica-se através da asserção, positiva ou negativa, do carácter *intuitus personae* que subjaz à atribuição patrimonial. A declaração deve ser analisada como um todo, ou seja, através de uma perspectiva globalmente considerada e nesse sentido, o acervo de beneficiários é, sem dúvida, *incerto*, pois o seu texto não identifica especificamente quem, de um ponto de vista pessoal, adquire essa qualidade, o que já não sucede no enunciado declarativo da promessa ou oferta de doação. Para além disso, e pelas características intrínsecas do fator determinativo, se o beneficiário for só um e é conhecido pelo promitente, e se este, ainda assim, se recorre sintaticamente de uma subjetividade indeterminada, não se está perante uma situação promessa pública visto que o

⁹³⁶ Assim também, BRANCA “Le promesse unilaterali”, p. 462; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, p. 579; com indicações jurisprudenciais, FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, pp. 104 e ss.;

beneficiário é *sempre pré-determinado*, reconduzindo-se a natureza da declaração, uma vez mais, à promessa ou oferta de doação⁹³⁷. Esta conclusão não releva apenas no sentido teórico, nomeadamente para distinguir promessas de *datio* e promessas *ad incertas personas*. O regime jurídico, consoante o caso é, naturalmente, bem diferente. Nas primeiras, regra geral, a declaração promissória é recetícia e irrevogável no momento em que chega ao poder do destinatário ou é por este conhecida; o elo obrigacional não se constituiu, encontrando-se ainda projetado no texto declarativo, amparado pela atribuição de um direito potestativo e uma correlativa situação de sujeição. Nas segundas, o vínculo já se constituiu, sendo a declaração revogável a todo o tempo ou, se houver prazo fixado, rescindível por justa causa.

Ainda no âmbito dos casos-fronteira atente-se às *situações mínimas*. Como veremos em seguida, o conceito de publicidade inserido de forma indireta no texto do artigo 459.º/1 do CC tem como limite mínimo o facto de o anúncio poder ser feito a um grupo específico de *duas* pessoas. Por conseguinte, imagine-se que (A) promete publicamente a (B) e a (C) uma determinada prestação ao primeiro que se encontrar na situação (x). Porém, (A) tem conhecimento prévio de que (B) se encontra nessa situação e que (C) jamais se encontrará e, ainda assim, procede à enunciação daquilo a que o promitente qualifica como promessa pública. Como bem se sabe, não há qualquer tipo de direito à qualificação negocial: o procedimento qualificativo é objetivamente apreciado⁹³⁸, o que leva a concluir uma vez mais que se está perante uma verdadeira promessa de doação⁹³⁹.

⁹³⁷ Note-se que é a impossibilidade de se celebrarem contratos-promessa (unilaterais ou bilaterais) de doação é discutida na doutrina, mas a tendência geral é para a sua inadmissibilidade (cfr., por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 320 e ss.; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, III, p. 171 e ss.).

⁹³⁸ A qualificação negocial feita pelas partes só é relevante para a aferição da vontade negocial, mas não vincula nem as instâncias judiciais nem, por exemplo, a Administração Fiscal (artigo 36.º/4 da LGT). STJ, processo n.º 02A1442, de 06-06-2002 (GARCIA MARQUES); quanto o direito fiscal, FERNANDO RICARDO, *Direito Tributário*, p. 4.

⁹³⁹ Assumindo que (A) e (B) tiveram o intuito de enganar (C) em consequência da celebração da promessa pública, a figura da *simulação absoluta* (artigo 240.º do CC) não poderá ser aplicada por força da ausência da figura do declaratório que resulta, por sua vez, da ausência de

É importante notar que a pré-identificação dos potenciais beneficiários não é, de todo, contrária à lógica da promessa pública. Esta pré-identificação não gera a (prévia) determinação do sujeito ativo; está, isso sim, estritamente relacionada com a restrição do vínculo obrigacional à potencialidade abstrata de um grupo específico de pessoas. Ora, *especificidade* não significa necessariamente *não-identificação*, e, por seu turno, *identificação* não significa necessariamente *determinação*. É, aliás, prática comum, a promessa pública feita pela entidade patronal relativa à atribuição de um prémio aos seus trabalhadores pelo facto de não faltarem ao trabalho ou por resultados de vendas obtidos num certo período. Aqui, é manifestamente notório que o promitente tem conhecimento dos nomes de todos os potenciais beneficiários, recorrendo-se simplesmente a uma formulação *genérica e indeterminada* por motivos de facilidade enunciativa e comunicativa⁹⁴⁰. Uma vez mais se conclui que o elemento *in incertam personam* se realiza através da aferição subjetiva quanto à cognoscibilidade pela parte que se auto-vincula relativamente à pessoa do beneficiário. Embora o enunciado declarativo seja indeterminado, o conhecimento prévio pelo promitente relativamente ao sujeito ativo determina, *ab initio*, a natureza do negócio e, conseqüentemente, a sua estrutura discursiva, alterando-se uma – eventualmente pretendida – promessa pública para uma promessa donativa. Esta ilação terá adiante relevância no que respeita à análise do facto e situação previstos enquanto elementos circunstâncias da promessa pública.

A relação entre o elemento *quivis ex populo* manifestado pela publicidade, e a característica *in incertam personam* presente na indeterminação, têm igualmente influência no que toca a limites quantitativos ou a aposição de cláusulas

recipiendade declarativa. O regime da simulação absoluta é incompatível com a promessa pública. A *simulação relativa* também dificilmente seria aplicável porque o negócio simulado – promessa ou oferta de doação – é também ele, unilateral. Só se colocaria a questão se se concluísse que houve entre as partes, a celebração de um contrato de doação.

⁹⁴⁰ STJ, processo n.º 98S348, de 17-12-1999 (ALMEIDA DEVEZA); STJ, processo n.º 06S490, de 20-09-2006 (SOUSA GRANDÃO); STJ, processo n.º 08S3622, de 12-03-2009 (SOUSA PEIXOTO); STJ, processo n.º 111-07.1TTLSB.L1.S1, de 15-03-2012 (SAMPAIO GOMES).

de eficácia suspensiva. É possível que o promitente queira recompensar indefinidamente *todos* os que praticarem um certo facto. É o caso, por exemplo, de (A) prometer pagar €1000 a quem demonstre um certo facto negativo sem que o texto negocial estabeleça qualquer limite para os beneficiários (“prometo pagar €1000 a *todos os que...*”). Mas o promitente pode ter interesse em beneficiar uma quantidade específica de pessoas. Assim será sempre que o mesmo coloque limites para o número de eventuais beneficiários da promessa. Este limite, que eu adjectivo de *absoluto*, é sub-dividido em *singular* ou *plural*. Verifica-se o *limite absoluto* sempre que o promitente estabeleça um teto máximo de potenciais beneficiários promissórios. Este teto pode conter um único sujeito ativo – ainda que empiricamente coletivo – ou uma pluralidade de sujeitos – fator diferenciador entre o limite singular e o limite plural. O caso em que alguém promete publicamente pagar €1000 a quem ganhar um evento desportivo refere-se exatamente a um caso de limite absoluto na modalidade singular. Nesta hipótese, o limite máximo é intrínseco à situação ou facto previstos e o beneficiário é singular porque se refere apenas a um atleta (“...a quem ganhar o heptatlo”) ou porque, sendo uma coletividade, ela manifesta-se organicamente una (“...à equipa de basquetebol que vencer o campeonato”). Por conseguinte, verifica-se um limite absoluto plural sempre que o promitente estabeleça um limite máximo igual ou superior a dois para os eventuais beneficiários: é o que sucede quando se promete recompensar *os três primeiros* atletas que conseguirem escalar o *Matterhorn* em menos de 2h:40m⁹⁴¹. Só há *uma* e não três promessas, sendo a identificação do beneficiário feita dentro dos termos previstos na declaração. O limite absoluto restringe o âmbito subjetivo potencial do lado do beneficiário.

Por outro lado, é ainda possível, segundo os princípios da teoria geral do negócio jurídico, conceber situações em que o promitente público coloca *limites* de eficácia através da aposição de uma *condição suspensiva* (em sentido próprio).

⁹⁴¹ O atual e incrível *record* de 2h:52m foi conquistado pelo catalão KILIAN JORNET BURGADA a 21 de agosto de 2013, batendo em mais de vinte minutos o antigo tempo de escalada de BRUNO BRUNOD, estabelecido em 1995.

Há uma simbiose entre a verificação da *conditio* e a exigibilidade da prestação debitória contida na promessa que, em bom rigor, é uma questão que se verifica a montante da determinação do beneficiário. E a determinação do beneficiário é, em si mesmo, condicional, verificando-se um caso de uma condição sobre uma outra condição. Não me alongarei, nesta sede, sobre a problemática do condicionalismo intrínseco da promessa pública. Resta apenas dizer que alguns autores como SIEGEL, MIRABELLI, e, entre nós, ANTUNES VARELA consideram que a promessa pública é uma “fonte de uma *obrigação sob condição*”⁹⁴². Verificada esta condição – entendida, no meu ponto de vista, em sentido *impróprio* – dá-se a determinação do credor. Ocorrendo o evento previsto pela condição suspensiva o credor tem o direito a exigir do promitente o cumprimento da obrigação. Pense-se no caso em que se promete uma prestação a quem fizer uma determinada operação cirúrgica vanguardista. Porém, só se atribuirá tal recompensa se – e apenas se – houver pelo menos três operações iguais efetuadas por três diferentes cirurgiões, de modo a consolidar a metodologia científica adotada. Perante este quadro negocial, o promitente alcança o seu interesse mediante a aposição de uma cláusula que estagna os efeitos imediatos do negócio jurídico até à verificação de um evento futuro e incerto. A determinação fez-se assim que a operação é feita, apenas sendo exigível no momento em que sejam efetuadas três operações equivalentes. É visível a distinção entre ambas as condições: uma é uma condição em primeiro grau relativa à identificação do beneficiário e é uma característica da promessa pública; a outra, é uma condição de eficácia que afeta, *a posteriori* a atribuição da prestação debitória num quadro de uma relação jurídica obrigacional em que todos os sujeitos já se encontram determinados.

⁹⁴² ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 444. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, pp. 104 e ss.; MIRABELLI “Promessa unilaterali e mediazione”, p. 102. Para desenvolvimentos, cfr. *infra*, III, 2.2.5, E.

B. INTENCIONALIDADE E COGNOSCIBILIDADE: RELAÇÃO FUNCIONAL E RELEVÂNCIA SUPLETIVA

O artigo 459.º/2 do CC consagra a regra supletiva segundo a qual o promitente fica obrigado perante todos os que se encontram na situação prevista ou que tenham praticado o facto mencionado na declaração promissória, “sem atender à promessa ou na ignorância dela”. Neste sentido, independentemente de o potencial beneficiário ter conhecimento ou desejar efetivamente praticar o ato prometido, o promitente fica vinculado perante este. O preceito recorre-se a uma formulação disjuntiva no que toca aos elementos geradores da obrigação promissória. O primeiro é a *ausência de intencionalidade*, simbolicamente denominada por $(\neg v)$ – “sem atender à promessa”. O segundo, representado por $(\neg k)$, é o *desconhecimento* – *rectius*: irrelevância do conhecimento – “na ignorância dela”⁹⁴³.

A aferição de (v) opera através de uma análise psicológico-atuante do agente. Tal análise será, por natureza, impossível de se efetuar com graus de certeza absoluta ou quase-absoluta porque se funda numa asserção puramente noética. Se o potencial beneficiário “atende à promessa”, ele tem de *manifestar* por qualquer meio idóneo essa sua intenção sob pena da não constituição do direito à prestação. O ato jurídico de adesão, não sendo um efeito perlocutório da promessa, é abstratamente indicativo de intencionalidade de vir a exigir (ou a receber) o cumprimento da prestação, mas não de se tornar beneficiário⁹⁴⁴. Ter intenção em praticar o ato prometido ou assumir a situação prevista significa que se *sabe* da existência da promessa e se *quer* colocar na posição de beneficiário

⁹⁴³ A proposta de VAZ SERRA continha apenas o elemento intencionalidade: “a obrigação do promitente, não havendo declaração em contrário, constitui-se também para com aqueles que, sem atenção à promessa, pratiquem o acto ou se coloquem na situação prevista” (“Promessa pública”, p. 324).

⁹⁴⁴ A condição de determinabilidade não tem natureza de ónus. Assim, FERRI, *Le promesse unilaterali*, pp. 28 e 34 e ss.; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 185 e ss.; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado II*, p. 832.

(*latu sensu*). Na maioria das vezes, a intencionalidade é manifestada no ato de praticar o facto previsto⁹⁴⁵. Se o beneficiário age com intenção de satisfazer o conteúdo previsto na promessa, seja através da prática de um ato previsto, seja através da procura por uma alteração do *status quo* de modo a colocar-se na situação identificada no texto negocial é porque *conhece* o conteúdo da promessa pública. Por conseguinte, a relação lógica é *implicativa* pois intencionalidade implica necessariamente cognoscibilidade “ $(v) \rightarrow (k)$ ”. O contrário já não é necessariamente verdadeiro. O beneficiário pode conhecer da existência de uma promessa, não ter intenção de assumir essa qualidade, e ainda assim praticar o ato prometido por um outro motivo qualquer. Em algumas circunstâncias, esta relação de implicação tem como consequência o facto de bastar o simples conhecimento para a produção de efeitos obrigacionais, sendo irrelevante – ou mesmo absurdo – pensar-se na verificação do elemento intencional: vejam-se os casos em que a situação prevista se verifica sem que, para isso, o beneficiário necessite de recorrer a qualquer ato próprio, direto ou indireto, de alteração do *status quo*. Pode não haver intenção de praticar o ato modificativo do estado de coisas, ou mesmo esse estado de coisas pré-existe independentemente de atuação.

Por seu turno, o elemento $(\neg k)$ – ou a não-relevância de (k) – denota uma *ligação covalente* com a natureza *pública* da promessa⁹⁴⁶. Sem prejuízo da idoneidade dos meios declarativos, basta que a promessa seja feita “mediante anúncio público” para que seja desconsiderado o elemento (k) . A questão da (ir)relevância da cognoscibilidade da declaração promissória pública é tratada diferentemente nos diversos ordenamentos jurídicos. Em Itália, parece resultar do artigo 1989/2 do *codice* que o conhecimento da promessa pelo beneficiário é condição de eficácia. A *Auslobung* suíça requer a verificação de (k) como pressuposto da emergência obrigacional⁹⁴⁷. No panorama de *common law* esta

⁹⁴⁵ CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 230-1.

⁹⁴⁶ No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 468-70.

⁹⁴⁷ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 210. Na jurisprudência, ATF 39/1913 II, p. 592.

questão tem sido objeto de algum debate porque a estrutura dialogante da *promise of rewards* leva consigo o problema da exigibilidade da figura da *acceptance*. Independentemente da discussão – que já vai longa – em torno do problema de saber se teoricamente faz ou não juridicamente sentido falar em verdadeira *acceptance* nos *unilateral contracts* – nomeadamente através da sua mitigação na *performance* – o conhecimento por parte do beneficiário da promessa sobre a sua existência tem sido entendido pela maioria das fontes como requisito de eficácia⁹⁴⁸. É o *knowledge* que atribui o *power of acceptance*⁹⁴⁹ e a completa – e não meramente parcial – *performance* que atribui a *consideration*⁹⁵⁰.

C. PUBLICIDADE NO PROCESSO FORMATIVO

Como indica o artigo 459.º/1 do CC, a promessa deve ser constituída “mediante anúncio público”⁹⁵¹. Este é um pressuposto essencial da promessa pública, fazendo parte da sua essência a par da indeterminação do beneficiário e da existência no texto negocial do facto ou situação previstos⁹⁵². A sua não observância reconduz a declaração negocial promissória a uma situação de

⁹⁴⁸ No entanto, alguma doutrina tem demonstrado um certo desconforto em aceitar esta linha de pensamento, ainda que sem abandonar o modelo contratual. Assim, CORBIN, *On Contracts*, p. 328; MURRAY, *On Contracts*, p. 129.

⁹⁴⁹ Vide na jurisprudência norte-americana, o caso *Reynolds v. Charbeneau*, 744 Sw 2d 365 (1988).

⁹⁵⁰ TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 3, §158. Confirma-se aqui, e uma vez mais, que as figuras *causa* e *consideration* são conceitos diferentes. Como é visível nesta família jurídica, a noção de *performance* é bem mais ampla do que o conceito de cumprimento dos direitos de *civil law*, envolvendo atos a praticar que, não sendo causas extintivas de relações obrigacionais, espoletam os so-called “*claiming rights*”.

⁹⁵¹ VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 294-5; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 515; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 468-9; PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 441; FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, p. 117; STJ, processo n.º 06A1509, de 20-06-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁹⁵² Segundo GALLO “a promessa ao público torna-se vinculante em virtude *somente* da sua publicidade” (*Istituzioni*, p. 658 – meu realce).

estrutura discursiva dialogante⁹⁵³. Ao contrário do sugerido por BRANCA e FALQUI-MASSIDDA, a publicidade não deve ser vista como um requisito formal. Não se deve confundir a *forma declarativa* com o *modo específico comunicativo do ato jurídico*⁹⁵⁴. No panorama da teoria geral do negócio jurídico, a *forma* corresponde ao modo utilizado para exteriorizar a declaração, podendo ser solene ou consensual⁹⁵⁵. A declaração promissória pública está sujeita a *liberdade de forma*, nos termos do artigo 219.º do CC. A publicidade do ato é um elemento relevante para efeitos de determinação do beneficiário.

A semântica do vocábulo “anúncio” evoca imediatamente a ideia de ato comunicacional. Na sua forma de ação, o verbo transitivo⁹⁵⁶ “anunciar” significa declarar um facto – seja esta uma declaração de ciência, seja uma declaração de natureza diversa. Intrinsecamente ligado ao conceito de anúncio está a noção de publicidade⁹⁵⁷. A publicitação pode abranger todas as pessoas como um conjunto específico e privado. Para efeitos negociais, o sentido de “público” encontra-se diretamente associado ao elemento *quivis ex populo*, o que desconsidera a amplitude subjetiva abstratamente suscetível de assumir a qualidade de beneficiário em detrimento da sua indeterminação genética. É perfeitamente possível que o promitente crie uma restrição subjetiva de acesso à aquisição do direito à prestação sempre que a declaração promissória for endereçada a um grupo

⁹⁵³ Neste sentido, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 223; e VAZ SERRA, chamando a atenção para o facto desta afirmação ser verdadeira apenas se se considerar a inexistência do princípio geral da vinculação unilateral [“Promessa pública”, p. 294, nota 11-c)].

⁹⁵⁴ SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 259-60.

⁹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, p. 164.

⁹⁵⁶ Os verbos transitivos definem-se pela necessidade semântica de um complemento direito na sintaxe [ex.: “(A) anunciou (s)”, “a interpretação produziu o resultado (m)”]. Gramaticalmente, subdividem-se em diretos (que não exigem proposição obrigatória no complemento) e indiretos (exigem essa proposição: “de”, “em”, etc.). Ao contrário, os verbos intransitivos bastam-se pela sua aparição sintática ao lado do sujeito (ex.: “o livro custou-me €50”, “ele escorregou e engasgou-se”).

⁹⁵⁷ Segundo o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, disponível on-line in <https://www.priberam.pt/dlpo/>, o verbo “anunciar” significa “comunicar publicamente (informar, revelar)”, “pôr anúncio em jornal”.

específico de pessoas indeterminadas⁹⁵⁸, sendo que o limite mínimo será, logicamente, de *duas* pessoas. Destarte, a expressão “anúncio público” presente no artigo 459.º/2 do CC deve ser entendida no seu sentido mais abrangente, o que inclui casos que denomino por *anúncios privadamente públicos*.

A lei portuguesa não indica quais os meios anunciativos através dos quais a declaração promissória deve ser emitida, admitindo-se, de forma geral e ao abrigo do princípio autonomia privada, todos os meios de difusão verbais, seja através de escrita, seja por via oral⁹⁵⁹: rádio, jornal, televisão, mensagem de telemóvel, internet, afixação em papel (cartaz)⁹⁶⁰, altifalante, etc. É importante reter que, sendo um conceito indefinido e amplo, encontra-se bastante suscetível às evoluções tecnológicas⁹⁶¹. Hoje em dia, devido ao feroz e galopante avanço tecnológico-científico, existem variadíssimas maneiras de anunciar uma promessa pública e, muito provavelmente a médio prazo, as possibilidades irão aumentar se a mecânica quântica o permitir (através da criptografia quântica).

Embora a publicidade declarativa seja uma característica tipológica, o *meio* anunciativo já não será e não deverá ser confundido com *modo* anunciativo: enquanto este se refere às modalidades declarativas – expressa, tácita, escrita, oral –, já aquele se relaciona com o método (*meio*) anunciativo utilizado – jornal, cartaz, internet⁹⁶². Para alguns autores como FERRI, D’ANGELO, as promessas efetuadas com meios anunciativos inidóneos são feridas de invalidade⁹⁶³. Segundo D’ANGELO, o promitente é livre de escolher o meio publicitário que pretende

⁹⁵⁸ VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 295; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 179; GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 703; DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 124; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 253 e ss. Já BRANCA considera que a promessa ao público deve ser endereçada apenas a uma comunidade aberta, ou seja, a *todas* as pessoas (“Le promesse unilaterali”, p. 464).

⁹⁵⁹ GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 179; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 443.

⁹⁶⁰ Naturalmente esta afixação deve ser colocada num local público, em sentido lato, que engloba os locais “privadamente públicos”.

⁹⁶¹ FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, p. 117.

⁹⁶² Contra, PONTES DE MIRANDA, *Da Promessa de Recompensa*, pp. 158-9.

⁹⁶³ D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, p. 758. FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 31. Ver também, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 227.

adotar com o limite do mesmo ser *idóneo* ao objetivo previsto pela promessa pública. FERRI justifica tal exigência com o destino específico da declaração que pretende a criar a possibilidade de conhecimento do negócio por parte dos potenciais beneficiários. Entre nós, através de um *critério funcional*, também se posiciona PAIS DE VASCONCELOS, embora nunca expressamente assumindo a invalidade como penalidade pela inadequação do meio anunciativo⁹⁶⁴.

Não acolho esta doutrina. A inidoneidade não torna a promessa pública inexistente ou inválida. Se alguém pretende atingir um público restrito, se a evidência dessa particularidade se encontra manifestada na declaração promissória e se utilizou um meio genérico ou restritivamente comunicativo para um público-alvo não pretendido, perante o artigo 459.º do CC, o promitente fica, *desde logo*, vinculado à promessa, ainda que esta seja “funcionalmente inadequada”. A “ausência de publicidade” não deve ser confundida com “inadequação do meio anunciativo”: aquela constitui um paradigma fixo da promessa pública⁹⁶⁵, esta, apenas um modo comunicacional específico⁹⁶⁶. Assumir como correto o entendimento contrário é considerar o elemento conhecimento (*k*) como pressuposto essencial contrariando o disposto no artigo 459.º/2 do CC, independentemente da sua natureza supletiva. Este carácter supletivo só vale até ao limite da configuração da eficácia obrigacional porque o escopo da referida disposição normativa é a atribuição de uma opção ao promitente quanto à restrição da aquisição do direito à prestação contido na promessa àqueles que tenham conhecimento da declaração promissória; por conseguinte, (*k*) é apenas pressuposto de eficácia nos casos em que o promitente opta por abdicar do regime supletivo. A situação acima referida não poderá ser anulada com base em erro na medida em que o público-alvo pretendido encontra-se descrito no texto negocial. Pode ser, todavia, revogada, se se verificaram os requisitos do artigo 461.º do CC.

⁹⁶⁴ Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, pp. 455-6.

⁹⁶⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado II*, p. 829.

⁹⁶⁶ SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 259-60.

Não deixa de ser verdade que nestes casos o fim pretendido pelo promitente poderá não ser atingido pois o caminho operativo seguido não foi, de um ponto de vista funcional, o mais adequado. Consoante o conteúdo determinado pela declaração promissória, o meio comunicativo tem influência sobre o *grau probabilístico* da satisfação do seu interesse⁹⁶⁷. Não há um ónus, em sentido técnico⁹⁶⁸. A eventual insatisfação deste interesse será colmatada, por exemplo, através da elaboração de uma promessa pública equivalente anunciada de forma idónea, o que evidencia que a promessa pública pode ser emitida, concomitantemente, através de meios diversos. Caso haja várias promessas públicas (ontologicamente autónomas umas das outras) com o mesmo conteúdo, ditam as regras do abuso de direito que os beneficiários só poderão exigir o direito à prestação contido numa delas. Para além disso, a inidoneidade anunciativa também poderá dar lugar à emergência da obrigação de indemnizar se, por hipótese, fosse (previamente) exigido ao promitente a elaboração de uma promessa pública. Pense-se no caso em que (A) celebra um contrato de patrocínio desportivo com (B) nos termos do qual uma das obrigações deste fica suspensa à verificação do evento, futuro e incerto. As partes acordam que, verificado o facto condicionante, (B) compromete-se a celebrar uma promessa pública no sentido de remunerar o vencedor de um certo evento desportivo. Ora, se a obrigação suspensa se veio a tornar eficaz, e se (B) utiliza um meio anunciativo inadequado ao ato – ex.: anunciou numa revista de cosmética feminina – naturalmente que, pese embora a obrigação tenha sido abstratamente cumprida – pois o devedor celebrou o negócio jurídico unilateral obrigacional com o conteúdo previsto no contrato de patrocínio –, a utilização de um meio publicitário desadequado pode ter como efeito o possível desconhecimento da promessa pública por parte do beneficiário.

⁹⁶⁷ Neste sentido, PALACIOS MARTÍNEZ, “Promessa Unilateral”, p. 916.

⁹⁶⁸ Discutindo o problema do ónus comunicativo, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 230 e ss.

D. O ATO PROMETIDO

Mediante anúncio público, o promitente vincula-se, perante um ou mais sujeitos indeterminados, à realização uma prestação. Remetem-se todas as questões genéricas do ato prometido para o ponto 2.6 do Capítulo II, onde se analisou os elementos da promessa jurídica, lembrando que essa prestação terá um certo objeto positivo ou negativo, e deverá corresponder – pelo menos – a um interesse do credor, digno de proteção legal (artigo 398.º do CC). A determinação originária da prestação não é requisito essencial para a constituição do vínculo; ela deverá ser, porém, determinável (artigo 400.º do CC) tal como o objeto negocial da promessa pública deve ser determinável sob pena de nulidade (artigo 280.º/1 do CC).

Por conseguinte, quando alguém afixa um cartaz com o seguinte texto – “recompensarei quem encontrar o meu anel” – esta declaração parece constituir um negócio jurídico unilateral válido e eficaz, demonstrando desde logo a ausência de dois aspetos que merecem destaque e aprofundamento: (i) a indicação, expressa ou implícita, da espécie de obrigação e (ii) o seu valor pecuniário. No que diz respeito ao segundo aspeto, nos termos da lei, a primeira parte do artigo 398.º/1 do CC responde ao problema indicando que a prestação não necessita de ter valor pecuniário⁹⁶⁹. A questão surge quando o ordenamento jurídico justifica tal afirmação com a ideia de que a prestação deve corresponder a um interesse do credor digno de proteção legal. Como aferir tal interesse se o credor é, por defeito, indeterminado no momento da declaração?

O conceito de interesse legalmente protegido comporta uma multiplicidade de semânticas, mas neste âmbito ele só poderá ter um único significado que

⁹⁶⁹ No direito italiano, a prestação prometida na promessa pública tem (necessariamente) de ter avaliação patrimonial – cfr. TAMBURRINO, “Promessa unilaterale e offerta di contratto al pubblico”, pp. 467 e ss.; AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 74.

corresponde àquele que é atribuído pela doutrina e jurisprudência dominantes: que estão fora do âmbito juridicamente obrigacional meros caprichos e prestações cujo objeto se encontra única e exclusivamente abrangido por ordens normativas não-jurídicas,⁹⁷⁰.

Por seu turno, no que toca ao primeiro ponto, cumpre lembrar que habitualmente a obrigação tem uma natureza pecuniária, mas nem sempre tem de assim ser. Não é inválida nem ineficaz a declaração promissória pública que não determine a natureza e o objeto da prestação (artigo 400.º/1 do CC). Será ajustada segundo “juízos de equidade se outros critérios não tiverem sido estipulados” pelo promitente público. Em última análise, será o próprio Tribunal a determinar o conteúdo da prestação (artigo 400.º/2 do CC). Consequentemente, a “promessa de recompensa a quem encontrar um anel” ou a “promessa de alvíssaras a quem praticar um certo facto” sem indicação da quantia, são, à partida, declarações válidas e eficazes perante os artigos 459.º e ss. do CC⁹⁷¹.

Mas poderá a prestação prometida consistir na celebração de um negócio jurídico (por natureza, plurilateral) a ser celebrado com o(s) beneficiário(s)? Este é um problema complexo que deve analisado cautelosamente. Em Itália, a doutrina maioritária aponta para a incompatibilidade deste tipo de declarações com a natureza da promessa pública⁹⁷². A jurisprudência italiana tradicional tem-las qualificado como declarações negociais tendentes à constituição de uma relação negocial plurilateral. São, portanto, *ofertas ao público*, nos termos das quais o *consensus* se afigura essencial para a celebração do contrato. Vozes mais recentes têm procurado reajustar esta linha de pensamento no sentido de afirmar que – nestas situações – só faz sentido entender o facto prometido como uma celebração de contrato unilateral obrigacional nos termos do qual será o promitente público o

⁹⁷⁰ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 349.

⁹⁷¹ No Brasil, esta questão foi debatida por não existir norma equivalente no direito civil brasileiro que pudesse dirimir qualquer tipo de dúvidas (BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, p. 420; GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, pp. 574-5). De qualquer forma, a solução apontada é idêntica à portuguesa.

⁹⁷² AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 74.

único obrigado⁹⁷³. Utilizam-se muitas vezes argumentos relacionados com critérios de revogabilidade, mas não deixa de ser exigível o ato de aceitação do lado do beneficiário.

O tópico assume particular relevância para o problema da vinculação unilateral porquanto recai sobre a problemática das estruturas discursivas e os efeitos perlocutórios jurídicos das declarações promissórias. Dado que os efeitos estão umbilicalmente ligados à natureza declarativa, não é logicamente possível recorrer a mecanismos solucionais baseados no seu conteúdo sem se atender, *prima facie*, à ontologia subjacente a cada estrutura discursiva. É um erro lógico procurar perceber se uma determinada declaração negocial configura um negócio unilateral *per se* ou se tem natureza de proposta, convite a contratar ou algo equivalente, buscando a resposta na questão de saber se tal declaração pode ou não ser revogada porquanto os efeitos são diferentes dependendo da espécie em questão. O erro incide precisamente no facto de que os parâmetros da eficácia dependem funcionalmente da natureza, por isso, não se deve debruçar sobre as consequências antes de se atentar à causa. Ao contrário do que possa parecer não há, no direito português, qualquer incompatibilidade entre a natureza e função da promessa pública, por um lado, e o ato prometido, por outro, este último visto (agora) no sentido de ser qualificado como uma obrigação de emitir uma declaração negocial tendente à constituição um contrato unilateral. Não se encontra justificação para se reconduzir estes casos a uma oferta *ad incertas personas*. Abrir a possibilidade de celebrações de contratos *ex uno latere*⁹⁷⁴ não é procurar uma via alternativa para fugir ao princípio do contrato. Em bom rigor, estes casos não consagram um desvio ao regime do *numerus clausus* presente no artigo 457.º do CC, na medida em que a promessa pública representa o exemplo paradigmático de uma promessa unilateral típica e, consequentemente, admissível.

⁹⁷³ CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 207; AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), pp. 74-5. Ver também, na jurisprudência, Cass. 09-11-2001, n.º 13922, in *GD* 50/2001, em especial, p. 51.

⁹⁷⁴ Cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, p. 233.

Se é verdade que o seu conteúdo será equivalente ao contrato-promessa unilateral (artigo 411.º do CC), a exigibilidade legal quanto à estrutura discursiva de tal negócio não invalida que negócios preliminares não possam ser constituídos através de discursos monológicos, desde que os requisitos formais estejam verificados (artigo 410.º/2 do CC, *mutatis mutandis*). Tal conclusão tanto se aplica à celebração de contratos como de negócios unilaterais necessariamente *a favor* do beneficiário, tal como sucede nas hipóteses de promessa de emissão de títulos de crédito.

E. O FACTO E A SITUAÇÃO

A declaração promissória pública deve conter um elemento objetivo cuja função primária é a procura pela *determinação* do(s) efetivo(s) beneficiário(s). É exatamente este elemento que justifica a validade negocial perante o disposto no artigo 511.º do CC. Assim, o promitente fica juridicamente vinculado à sua promessa quando, por meio de anúncio público, “prometer uma prestação a quem se encontre em determinada situação ou pratique certo facto, positivo ou negativo”. Assinalam-se dois casos distintos: (i) a prática de factos positivos ou negativos; e (ii) a verificação da existência de uma determinada situação.

A solução bicéfala consagrada pelo ordenamento jurídico português atual foi inovadora em Portugal, que, neste âmbito, seguiu o modelo italiano regulado no artigo 1989 do *codice*⁹⁷⁵. Já a *Auslobung* alemã apenas prevê no §657 do BGB a prática de um facto baseado na produção de um resultado (“*insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges*”)⁹⁷⁶. No direito helvético, por seu turno, a formulação adotada pelo artigo 8.º do COS utiliza uma terminologia tipicamente

⁹⁷⁵ Cfr. VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 295-7.

⁹⁷⁶ SEILER, in AvVv, *Münchener Kommentar*, IV, pp. 1746-8; PALANDT, *BGB Kommentar*, p. 1078.

contratual (quase até evidenciando um puro sinalagma) na medida em que a promessa pública de recompensa se encontra juridicamente dependente da prestação de um facto por parte do beneficiário (“*un prix en échange d’une prestation*”). Finalmente, a norma similar do direito brasileiro (artigo 854.º do CCB) aproxima-se das soluções portuguesa e italiana embora com duas particularidades curiosas: a primeira relaciona-se com a adoção do vocábulo “condição” em substituição de “situação”; a segunda refere-se à utilização da palavra “serviço” em vez de “facto”⁹⁷⁷.

Antes de analisar autonomamente os dois elementos, deixo duas breves notas relativas a circunstâncias temporais. A primeira, que já foi objeto de tratamento *en passant*, é a de que muitos autores se referem à promessa pública como um negócio, por defeito, de cariz condicional⁹⁷⁸, entendendo-se a condição como o evento futuro e incerto de que está dependente a atribuição do direito à prestação. Sempre que o momento da verificação do facto ou da situação seja (t_i), isto é, sempre o promitente *condicione* a determinação do credor a um evento futuro (e, por vezes, também, incerto⁹⁷⁹), sem prejuízo da própria verificação do facto ou situação serem, por definição, também elas incertas⁹⁸⁰, não se está perante uma condição suspensiva própria nos termos dos artigos 270.º e ss. do CC⁹⁸¹. A

⁹⁷⁷ Vide, GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*. pp. 573 e ss.

⁹⁷⁸ Refiro-me, MIRABELLI, “Promessa unilateral”, pp. 172 e 181; BIONDI, “Le donazioni”, p. 670; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, p. 347; para uma crítica destas posições, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 178 e ss.

⁹⁷⁹ Pode ser *certo*, por exemplo, se estiver em causa a estipulação de uma data específica. Se, por seu lado, estiver em causa um facto humano – como sucederá nos eventos desportivos – a *incerteza* jaz na possibilidade abstrata da não realização do mesmo.

⁹⁸⁰ Neste exemplo, a *incerteza* assenta na indeterminação do beneficiário como paradigma fixo.

⁹⁸¹; SBISÀ, *La promessa al pubblico*, pp. 178 e ss.; BRANCA, “Le promesse unilaterali”, p. 391; GRAZIANI, “Le promesse unilaterali”, p. 707; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*, pp. 437-8; DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 119; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 834; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, p. 243; AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), pp. 72-3; Alguns autores parecem apontar para uma verdadeira *conditio iuris* – assim, MIRABELLI “Promessa unilaterali e mediazione”, p. 102; SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, §11, pp. 104 e ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 244; MIRABELLI “Promessa unilaterali e mediazione”, p. 102.

condição própria⁹⁸² subordina a produção dos efeitos de *todo* o negócio jurídico a um evento futuro e incerto⁹⁸³. Na promessa pública, o negócio produz efeitos desde o momento da perfeição da declaração negocial⁹⁸⁴. Aquilo a que se denomina por condição tem subjacente o facto gerador da determinação ou identificação do beneficiário. De acordo com o processo auto-vinculativo da promessa pública, é precisamente no momento da determinação do beneficiário que este adquire o direito à prestação. Não é correto afirmar que os efeitos do negócio se suspendem até à verificação de um determinado evento futuro e incerto pois o sentido da expressão “desde logo” tem um significado bem preciso: é pelo facto de o negócio estar a produzir efeitos desde a declaração *ad incertas personae* mediante a anúncio público que tal *conditio* se verifica⁹⁸⁵. Por este motivo, tenho denominado estas condições de *condições de determinabilidade*. A condição de determinabilidade não significa a imposição de um de um ónus, nem tão-pouco de uma contraprestação em sentido técnico como parece defender GRAZIANI⁹⁸⁶. É certo que esta *conditio* é, por natureza, um evento incerto, mas nem sempre é

⁹⁸² Igualmente, “verdadeira condição” (PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 441), condição “em sentido técnico” (DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, p. 119) ou “em sentido restrito” (CABRAL DE MONCADA, *Lições*, p. 675).

⁹⁸³ Vide, por todos, CASTRO MENDES, “Da condição”, pp. 37 e ss.; STJ, proc. n.º 312-C/2000.C1-A.S1, de 10-12-2009 (MOREIRA ALVES). O sentido atribuível ao substantivo “condição” presente nos artigos 270.º e ss. do CC respeita não só à cláusula negocial através da qual as partes – ou “a parte”, caso se trate de um ato ou negócio jurídico unilateral – fazem depender a sua eficácia do negócio jurídico à verificação de um acontecimento futuro e incerto, como também ao próprio evento futuro e incerto (assim, PINTO COELHO, *Das Cláusulas Acessórias*, p. 23; CASTRO MENDES, “Da condição”, p. 43; CABRAL DE MONCADA, *Lições*, p. 674; ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 345. Contudo, há autores na doutrina portuguesa que entendem a noção de “condição” como abrangendo somente a *cláusula* (e não o evento futuro e incerto), como MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 509 e DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral*, p. 356; do lado oposto se colocam outros que vêm o conceito de “condição” no sentido de abranger apenas o próprio evento futuro e incerto, (DIAS MARQUES, *Noções Elementares*, pp. 70-1; EWALD HÖRSTER, *Parte Geral*, p. 491). Entendo que é paradoxal afirmar-se que a condição suspensiva afeta a eficácia de todo o negócio porque ela é parte integrante do mesmo e é eficaz. Rigorosamente, este tipo de condições, regra geral, suspendem todo o negócio com exceção da clausula condicional.

⁹⁸⁴ A declaração negocial deve ser completa, firme e formalmente adequada [STJ, processo n.º 06S490, de 20-09-2006 (SOUSA GRANDÃO)].

⁹⁸⁵ Neste sentido, mas sem referência à indeterminabilidade genética, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 445.

⁹⁸⁶ GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”, p. 695.

futuro, podendo ser, como se viu, concomitante com a enunciação da declaração promissória pública em (t_0).

Este ponto leva à segunda nota. Na larga maioria das vezes, o facto a praticar ou a situação em causa projetam-se em momento posterior à emergência da obrigação do promitente em (t_1). Isto acontece nos casos em que o promitente estabelece no texto negocial uma data para a verificação do acontecimento previsto: a escola (A) promete publicamente atribuir uma bolsa de estudo ao aluno que obtiver menos faltas durante o ano letivo que se irá iniciar⁹⁸⁷. Assim que chegar o final do ano letivo, data *certa*, em (t_1), o beneficiário será então identificado. Mas os casos (t_1) não se encontram necessariamente dependentes de uma projeção futura pré-definida pelo promitente: existem também outros nos termos dos quais, pela natureza dos acontecimentos, a determinação do beneficiário faz-se em momento posterior, em data *incerta*: por exemplo, quando alguém promete publicamente uma prestação a quem encontrar a cura para o “vírus” *Wanna Cry*. Problema mais difícil tem que ver com a previsão de factos ou situações relativos a acontecimentos passados (t_{0-x}). Relembre-se que a determinação do beneficiário se verifica, apenas e só, nos momentos (t_0) e (t_1) por razões lógicas: só se pode saber quem irá beneficiar de uma certa promessa após a existência da mesma. Não há, portanto, qualquer tipo de efeito retroativo. Destarte, quando se faz referência

⁹⁸⁷ As bolsas de estudo são, para a maioria da jurisprudência, negócios jurídicos unilaterais – promessa pública e/ou concursos públicos – *vide*, exemplificativamente, TRL, processo n.º 0080708, de 02-03-2000 (SALAZAR CASANOVA). Julgo que a qualificação dependerá do procedimento adotado. Veja-se o caso paradigmático das atribuições de bolsas de estudo de doutoramento pela FCT. Abre-se um concurso para atribuição de bolsas nos termos do qual se identificam potenciais partes num contrato que será celebrado entre a FCT e os candidatos a doutoramento que se posicionaram nos lugares suscetíveis de lhes ser atribuída a bolsa, tendo em conta o número de vagas previsto. É preciso ter em atenção que nestes casos não existe “desde logo” qualquer tipo de auto-vinculação por parte do promitente nem tão-pouco há um dever de prestar. Há, isso sim, uma *sujeição* de uma das partes (FCT) à celebração do *contrato de bolsa* – preenchidos uns determinados requisitos. O problema é unicamente de perspectiva: é que esta situação configura um exemplo de *oferta contratual* feita ao público – embora restrito – onde diversos procedimentos prévios à celebração do negócio deverão ser tomados e a contraparte aceita tacitamente esses mesmos procedimentos no momento em que submete a sua candidatura. Fazendo um apontamento sobre esta problemática, a propósito dos concursos públicos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 697.

a “acontecimentos passados”, não está em jogo a própria determinação, mas o facto (ou situação) gerador da mesma (a causa e não consequência jurídica). Veja-se a situação bastante comum de se prometer uma prestação a quem encontre um determinado objeto que, na verdade, já foi achado. Não existe qualquer impedimento *de facto* ou *de jure* a esta promessa unilateral, valendo aqui o espaço genérico concedido pela autonomia privada⁹⁸⁸ que não se circunscreve unicamente aos contratos⁹⁸⁹. Neste sentido, o momento temporal do facto ou situação previstos no texto negocial torna-se irrelevante.

Passemos agora à análise dos dois elementos (facto e situação previstos). A promessa pública tem em vista, na maior parte das vezes, a recompensa pela produção de um certo *resultado*, como sustenta o BGB. Mas nem sempre assim será. O promitente poderá querer recompensar apenas o *esforço* para atingir um certo objetivo independentemente do seu efetivo alcance. Os exemplos clássicos de fazer uma descoberta científica, descobrir um objeto, escrever um livro, não apresentam dificuldades de maior, sendo essencialmente factos que pertencem exclusivamente ao mundo do *ser*. Mas também se enquadrarão na mesma categoria a prática de factos jurídicos, tais como a transferência de um direito real ou celebração de um certo negócio⁹⁹⁰, ainda que tal negócio consagre uma função económico-social de liberalidade⁹⁹¹ e ainda que seja praticado através do instituto

⁹⁸⁸ Igualmente, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 190; BRANCA, “Promesse unilaterali”, pp. 390 e ss.; FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 72; MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, pp. 798 e ss.; entre nós, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 831. Para uma exposição genérica da discussão na doutrina italiana, vide AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), pp. 77-8.

⁹⁸⁹ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 470.

⁹⁹⁰ AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 74.

⁹⁹¹ Como escreve FERREIRA DE ALMEIDA, o conceito de liberalidade deverá ser definido “pela negativa: inexistência de um qualquer dever jurídico de atribuir ou de prestar e ausência de um qualquer dever jurídico de retribuir” (*Texto e Enunciado*, I, p. 531). Esta definição permite-nos excluir a necessidade de análise psicológica do agente que executa o ato de liberalidade – *espontaneidade* e *altruísmo* (contra, BAPTISTA LOPES, *Das Doações*, pp. 11 e ss.; ALVIM, *Da Doação*, pp. 8-11; a favor da generosidade e espontaneidade, mas contra o elemento altruísta, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, pp. 239-40) – preferindo-se optar pela expressão “presunção de liberalidade” (FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 350-1, nota de rodapé n.º 207).

da representação. Não é contrário à lei, ordem pública e bons costumes, prometer-se publicamente uma prestação a alguém que doe uma determinada quantia a outrem. É certo que, se ambas as prestações forem pecuniárias, de um ponto de vista económico há uma transferência de fluxos financeiros entre as partes envolvidas, mas nada impede este procedimento porquanto a prestação pode consistir numa forma de “agradecimento” pelo ato donativo. Adicionalmente, a inserção das situações de representação jurídica neste contexto apenas fará sentido em promessas públicas nos termos das quais não existe propriamente uma recompensa por um facto praticado. Embora a ideia de *recompensa* compreenda uma semântica muito ampla, na sua perceção mais restritiva ela está intimamente associada à pessoa que pratica um ato *desejável* pelo promitente. Este facto, em conjugação com o *interesse em agir* por parte do representante, retira o instituto da representação dos casos tipicamente recompensatórios.

É preciso ter algum cuidado ao interpretar a afirmação de que um dos factos previstos na promessa pública poderá ser a celebração de um negócio jurídico plurilateral. Se uma das partes do negócio a que diz respeito a declaração promissória for o próprio promitente público – alguém promete publicamente entregar uma quantia a quem venha a celebrar consigo um certo negócio – não se está, em bom rigor, perante uma promessa pública. No panorama das campanhas publicitárias estas situações são recorrentes. Se uma instituição de crédito anuncia publicamente que aqueles que vierem a ser seus clientes – beneficiários indeterminados – terão direito a uma certa “recompensa”, tal como um aumento de juros em depósitos a prazo, não está a emitir uma declaração promissória pública nos termos do artigo 459.º/1 do CC. O mesmo se passa quando, por exemplo, uma sociedade comercial de distribuição alimentar promete publicamente uma redução de preço especial a todos os que comprarem, num determinado dia, a sua marca branca. Em ambas as situações, a declaração produz efeitos num negócio jurídico concreto que será posteriormente celebrado com o cliente – contrato bancário geral, na primeira hipótese; contrato de compra e venda,

na segunda⁹⁹². Esta será inserida enquanto cláusula contratual nos termos gerais. Os casos de publicidade só constituem promessas públicas se o facto ou situação previstos não exigirem a constituição de um negócio jurídico – *hic* sempre de estrutura formativa dialogante – com o “mero declarante público”. É o próprio ato constitutivo do negócio com este sujeito que retira à declaração promissória a natureza de enunciado tendente à criação de uma promessa pública, atribuindo-lhe uma natureza de declaração negocial emitida no quadro de um discurso plurilateral. Tal ato declarativo, analisado através de uma perspetiva singular, consagra todos os elementos necessários para que se possa concluir da sua auto-vinculação, ora veja-se: (i) é uma declaração negocial, (ii) de força ilocutória de promessa, (iii) anunciada publicamente (iv) a destinatários indeterminados. Tais situações demonstram que não se pode olhar unicamente para a verificação dos elementos paradigmáticos. É imperativo, outrossim, relacionar o conteúdo da prestação prometida com o facto previsto que determina a identificação do beneficiário. Esta operação permite precisamente (re)ajustar o conteúdo declarativo ao fim previsto pela declaração pois nestes casos o promitente não fica *desde logo* obrigado a uma prestação inserida num enunciado negocial inexistente. Outro fator a ter em conta é a confusão subjetiva entre *beneficiário* (da promessa pública) e *contraparte* (de um negócio plurilateral). A declaração promissória, ao prever a existência de um contrato em que uma das partes é o “mero declarante público”, desconsidera a atribuição do benefício autónomo e singular típico deste negócio unilateral, reconstruindo-o num acervo negocial plurilateral em que o destinatário se assume como contraparte.

Descarta-se, por isso, qualquer natureza de promessa pública nos casos em que o facto previsto é a própria constituição de um negócio bilateral com o declarante. De igual modo se afasta a qualificação de oferta ao público por

⁹⁹² Assumindo que não existe exigibilidade formal na constituição do negócio, sob pena de nulidade (artigo 221.º/1 do CC).

preterição de um elemento essencial: a completude⁹⁹³. O efeito imediato da proposta é a constituição, no declaratório, certo ou incerto, de um direito potestativo, bastando a sua aquiescência para se formar o consenso, o que não sucede nestas situações, na medida em que o restante conteúdo negocial ainda se encontra por determinar. Resta, então, concluir que, a depender da interpretação casuística feita segundo os critérios fixados pelo artigo 236.º do CC, este tipo de declaração terá uma natureza semelhante a uma *invitatio ad offerendum* – com algumas ressalvas⁹⁹⁴ – ou a um ato preparatório⁹⁹⁵. Trata-se de uma “simples” declaração negocial, sem eficácia obrigacional imediata, sem caráter de proposta, que será relevante para o conteúdo do texto negocial na forma de estipulação acessória anterior à proposta⁹⁹⁶. Terá certamente efeitos ao nível da responsabilidade pré-contratual⁹⁹⁷, mas não constitui uma situação jurídica de sujeição nem tão-pouco atribui um direito à prestação na esfera do beneficiário. Por este exato motivo é que, de modo a fazer uma clara distinção entre aquele que emite uma declaração promissória no quadro de uma promessa pública, uma oferta ao público e um convite a contratar ou ato jurídico equivalente, prefiro utilizar,

⁹⁹³ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 101 e ss. A proposta é, por definição, sempre “contratual”. Neste sentido, as expressões “proposta contratual” e “proposta de contrato” consagram uma tautologia técnico-jurídica. Por conseguinte, critico a utilização desta segunda expressão no artigo 230.º/1 do CC bem como noutros preceitos legais tais como o artigo 228.º do CC. Segundo a doutrina dominante, a proposta consiste numa declaração negocial dirigida a um destinatário determinado ou indeterminado com vista à celebração de um contrato e deverá ser firme, completa e formalmente adequada (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 94; FERREIRA DE ALMEIDA, *idem*, p. 101; VAZ SERRA, “Perfeição da declaração de vontade p. 47 e ss.). A análise da completude – tal como sucede com a firmeza – é uma operação casuística da declaração negocial (FERREIRA DE ALMEIDA, *idem*, p. 102).

⁹⁹⁴ Sou reticente quanto ao uso desta expressão porquanto parece apontar para uma redução do âmbito ao conjunto de situações de “meros convites”, o que não se passa, em bom rigor, no presente caso (cfr., por exemplo, a definição dada por BUSCHE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 1616). Neste sentido, utilizei o vocábulo “semelhante” para identificar a proximidade entre a eficácia de tais declarações com os efeitos dos convites a contratar.

⁹⁹⁵ Vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, pp. 296 e ss.

⁹⁹⁶ Embora o efeito perlocutório da proposta seja a aceitação, esta não deve ser unicamente entendida como tendo um “sim, aceito”. Nesta sede, segue-se a posição de MENEZES CORDEIRO, *apud* FERREIRA DE ALMEIDA (*Tratado*, II, p. 332).

⁹⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, *idem*, p. 297.

respetivamente as expressões “promitente público”, “ofertante público” e “mero declarante público”⁹⁹⁸.

A conclusão a que chego, fundada na análise de casos de natureza publicitária⁹⁹⁹, acompanha, num certo sentido, a posição seguida pelos tribunais germânicos¹⁰⁰⁰ e acolhida pela doutrina dominante¹⁰⁰¹. Para além disso, esta ilação não impede a emergência de válidas e efetivas promessas públicas – negócios unilaterais – caso se verifique uma relação contratual-base que restrinja o público-alvo às situações já referidas de anúncios privadamente públicos, nem tão-pouco significa que sempre que exista uma relação contratual prévia, este tipo de formulação deva ser necessariamente enquadrado no texto contratual¹⁰⁰², como sucede, por exemplo, no caso em que a entidade patronal promete publicamente um prémio ao trabalhador mais assíduo. Claro que, *summo rigore*, não há prevalência ontológica da unilateralidade sobre a plurilateralidade embora aquela seja, sem sombra de dúvidas, funcionalmente a mais adequada. O empregador, ao abrigo da autonomia privada – em particular, sob a égide do princípio da liberdade de celebração tolerada pela tipicidade aberta da promessa pública – pode

⁹⁹⁸ A distinção entre convite público a contratar e oferta ao público nem sempre é fácil de delinear (vide, por todos, PINTO, SÁ, *in Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, pp. 521-2). A doutrina italiana não efetua tal clivagem, abarcando a declaração negocial com natureza jurídica de “proposta” como também a “*invito a trattare*” no conceito de “*offerta al pubblico*” (cfr. GALLO, *Istituzioni*, p. 419). Penso que o legislador português dirimiu – e bem – esta questão no texto do artigo 230.º/3 do CC, na seguinte passagem: “desde que seja feita na forma da oferta ou em forma equivalente”.

⁹⁹⁹ Sobre a temática, com incidência para a promessa pública de qualidade, vide, por todos, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, pp. 1020 e ss. e 1074 e ss.

¹⁰⁰⁰ RG, de 16-12-1918; BGH, de 16-01-1980.

¹⁰⁰¹ Assim, LARENZ, *Allgemeiner Teil*, § 27, pp. 517 e ss.; VON TUHR, *Allgemeiner Teil*, § 62, p. 461; FLUME, *Allgemeiner Teil*, § 35, p. 635. Contra, KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 293.

¹⁰⁰² Por isso é que me encontro em parcial desacordo com os autores que defendem a natureza puramente unilateral de todos os casos publicitários (sem apontar diretamente para o problema, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 697; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 179; ver também a dissertação de BROSE, *Das Problem des Haftungsdurchgriffs bei Markenartikeln*, pp. 172 e ss.). Na esteira das conclusões *supra* mencionadas, entendo que apenas os casos que impliquem a *constituição* de um negócio (bilateral) é que não poderão ter natureza de promessa pública; quanto aos demais, tudo dependerá da interpretação da declaração.

livremente optar pela estrutura formativa unilateral mediante anúncio público nas instalações da empresa ou por via de alteração – *consentida* – do texto de cada contrato individual de trabalho (ou da convenção coletiva de trabalho), aponto uma cláusula igual ou semelhante a esta: “a entidade patronal obriga-se a pagar um prémio se, no final do ano civil, o trabalhador for o mais assíduo da empresa”. Pretendo demonstrar que, em alguns casos *admitidos* pela lei, e tendo em conta a finalidade pretendida pelo declarante –interesse do promitente –, é-lhe atribuída a livre opção de escolher a estrutura formativa de vinculação

O artigo 459.º/1 do CC dirime qualquer tipo de dúvidas que possam ser suscitadas no que respeita à questão de saber se um *não-ato* pode ser ou não considerado como elemento identificativo do beneficiário: “facto, positivo ou negativo”. É de se criticar, todavia, a utilização da forma verbal “praticar” porquanto a prática de não-atos assenta numa contradição lógica. A redação mais coerente seria, por exemplo, a seguinte: “aquele que, mediante anúncio público, prometer uma prestação a quem se encontre em determinada situação, pratique, ou se abstenha de praticar, certo facto, fica vinculado, desde logo, à promessa”. Os casos de promessas públicas baseadas em *não-atos* são bastante comuns e, em certas situações, é a própria sintaxe textual que identifica a espécie de facto em causa, positivo ou negativo. Se tomarmos como hipótese a situação em que uma instituição de ensino promete atribuir uma bolsa de estudo ao aluno *que não falte às aulas* (facto negativo – nenhuma falta), poder-se-á chegar ao mesmo resultado se a formulação for sintaticamente antagónica, isto é, atribuir a bolsa de estudo ao aluno que esteja presente em todas as aulas (facto positivo – assiduidade total).

Um problema paralelo a este que se coloca – e que dividiu a doutrina e jurisprudência germânicas durante algum tempo – tem que ver com a questão de saber se a prestação prometida pode ou não estar *condicionada* à verificação de uma demonstração negativa de um outro facto ou ato (*i.e.*, que determinado facto ou situação não se pode realizar¹⁰⁰³). Os casos-típicos que melhor evidenciam esta

¹⁰⁰³ Por todos, *vide* VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 298.

problemática são casos intrinsecamente ligados a questões pertencentes ao mundo das ciências exatas, como sucede, por exemplo, na promessa pública de recompensa a quem conseguir demonstrar que uma certa equação matemática se encontra errada ou que certo evento é fisicamente impossível. Veja-se o caso de ANDREW (ANDY) BEAL, matemático e banqueiro texano que, nos anos 90 do séc. XX, criou uma conjectura ($a^x + b^y = c^z$) – baseada no já mencionado teorema de FERMAT ($a^n + b^n = c^n$) – prometendo premiar com um milhão de dólares quem conseguisse encontrar uma refutação¹⁰⁰⁴. Para KOHLER, este tipo de declaração é inadmissível na medida em que consagra um negócio de natureza de *jogo-aposta*¹⁰⁰⁵. Discordo de KOHLER: entendo que o elemento *aleatoriedade* (atribuindo uma função económico-social ao negócio de risco), característica essencial deste tipo de negócios, não se verifica na promessa pública¹⁰⁰⁶. Paralelamente, também é possível a celebração de promessas públicas (de recompensa) para quem consiga demonstrar – *hic* positivamente – que uma certa afirmação está correta¹⁰⁰⁷: ou porque se encontra uma justificação desconhecida, ou porque se identifica uma nova justificação.

Nos termos do artigo 459.º/1 do CC, a determinação pode recair igualmente sobre uma *situação* em que se encontre o beneficiário (ex.: ter nascido; ser o jovem menor de 18 anos com maior QI). Como vimos, desde que a indeterminação do beneficiário seja evidente – através de ($\neg k$) quanto aos potenciais credores –, de um ponto de vista temporal e em face da declaração promissória, a situação prevista poderá incidir nos três momentos temporais possíveis: (t_{0-x}), (t_0) ou (t_{0+x}). Ao contrário do que sucede no *facto previsto*, nos termos do qual a condição de determinabilidade se encontra funcionalmente dependente de um ato próprio do potencial beneficiário – seja por mãos próprias, seja pela via representativa –, já

¹⁰⁰⁴ Para desenvolvimentos, vide o sítio de Internet da *American Mathematical Society* (www.ams.org).

¹⁰⁰⁵ KOHLER, *Archiv für bürgerliches Rechts*, §25.

¹⁰⁰⁶ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, pp. 155 e ss.

¹⁰⁰⁷ Neste sentido, VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 298.

na *situação prevista* nem sempre se prevê um comportamento daquele sujeito, como acontece nas promessas públicas em que se “premeia” a primeira criança que nasça no início do ano, ou mesmo até no dia em que o promitente complete cinquenta anos de vida. O regime adotado pelo legislador português veio terminar uma questão que dividiu a doutrina nacional e estrangeira por algum tempo. Antes da entrada em vigor do atual CC, alguns autores defendiam a posição de que, *de jure condito*, sempre que a situação prevista não dependesse de uma atuação posterior ou contemporânea à declaração promissória, a qualificação negocial não poderia ser uma promessa pública de recompensa, mas sim uma oferta ou proposta de doação¹⁰⁰⁸.

Finalmente, para que dúvidas não subsistam, é preciso ainda mencionar que a clivagem entre o facto e a situação previstos no texto da promessa pública assenta numa distinção que nem sempre é fácil de delimitar. É um problema puramente académico porquanto a lei resolve a questão de saber que qualificação dar a situações previstas que não dependam de um ato do beneficiário, tornando, nesse sentido, aquela distinção manifestamente irrelevante. Resumidamente, enquanto o facto se relaciona intrinsecamente com a prática de um certo comportamento – com ou sem exigibilidade de um resultado, já situação prevê unicamente a verificação de um determinado *status quo* – independentemente da causa factual ou jurídica. Assim, quando ALFRED NOBEL promete recompensar aquele que será considerado por um comité específico o melhor físico do ano, a recompensa é baseada na prática de um certo facto (que será, por natureza, positivo); mas quando alguém promete um prémio àquele que (naquele ano) ganhar o Prémio NOBEL da

¹⁰⁰⁸ Vide, por todos, VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 295-7. É preciso ter alguma atenção ao ler as suas linhas porque no início da exposição VAZ SERRA parece inclinar-se para a ideia de que as situações previstas que não impliquem uma atuação do beneficiário devem ser qualificadas como ofertas de doação. Porém, mais à frente, defende a posição contrária e que atualmente vigora na letra da lei, isto é, que tais casos são qualificados como promessas públicas. Este facto requer particular atenção porquanto é notória, no quadro jurisprudência, uma certa dúvida quanto à interpretação a dar ao artigo de VAZ SERRA – veja-se a decisão do STJ, nos termos da qual se lê que “se a promessa não depender de qualquer conduta do beneficiário há, tão-somente, uma oferta de doação” [STJ, processo n.º 06A1509, de 20-06-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS)].

Física – tal prestação tem subjacente já não um facto, mas sim uma situação – ter ganho o NOBEL. É possível imaginar casos-fronteira, nos termos dos quais a noção de facto e situação se fundem numa ideia conjunta. Atente-se às seguintes duas hipóteses:

(α): (A) *promete uma prestação àquele que, durante o ano, correr 100 metros em menos do que 9,58 segundos*¹⁰⁰⁹;

(β): (A) *promete uma prestação, caso se verifique, o novo recordista mundial de 100 metros masculinos.*

Ora, correr 100 metros em menos do que 9,58 segundos é praticar um determinado facto, mas ser recordista mundial cai no conceito de situação, embora implique correr precisamente 100 metros em menos do que 9,58 segundos. Como é facilmente perceptível, enquanto que nos casos de facto previsto, as ações têm subjacente verbos transitivos (“fazer”, “elaborar”, “executar”), na situação prevista, é comum a utilização de verbos intransitivos (“ser” ou “estar”).

2.2.6. PRAZO, REVOGAÇÃO E RENÚNCIA

Uma das características do negócio jurídico unilateral é exatamente a simbiose entre a declaração negocial e o próprio negócio jurídico porquanto aquela é, regra geral, auto-suficiente para gerar automaticamente este. Assumindo que os elementos objetivos e subjetivos se encontram verificados, a declaração promissória pública faz nascer, verificada a sua perfeição, e independentemente do conhecimento do destinatário, o negócio jurídico obrigacional. A vinculação unilateral não será geneticamente eterna. É bastante perceptível noutras áreas do direito civil que ordenamento jurídico é adverso a adstrições *ad aeternum*¹⁰¹⁰. No

¹⁰⁰⁹ Atual *record* mundial dos 100 metros masculinos estabelecido por USAIN BOLT, em 2009, na Alemanha.

¹⁰¹⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 675.

mesmo quadro dogmático, o regime jurídico da promessa pública segue essa linha de pensamento com algumas *nuances* próprias. Por conseguinte, o *prazo* e a *revogação* da promessa pública assumem-se como tópicos interligados e relevantes para a configuração de um regime jurídico coerente com a lógica sistémica¹⁰¹¹.

Se assim entender, o promitente poderá estipular um prazo de validade (artigos 460.º, *a contrario* e 461.º, segunda parte, ambos do CC)¹⁰¹². Mas não tem de o estipular se o prazo for imposto pela natureza ou fim da promessa. Este prazo não se confunde com o momento da verificação da já conhecida condição de determinabilidade. São conceitos diferentes, embora, em determinadas circunstâncias, temporalmente equivalentes. Poderá ser o mesmo se o promitente fixar um *momento único* para essa verificação – passado esse momento, a promessa cessa os seus efeitos. É o caso de alguém prometer uma prestação a quem na passagem de ano estiver às 00.00h num local específico. Mas se o promitente estipular um prazo – não para a verificação da condição de determinabilidade, mas para a revogação da promessa – então, a depender do conteúdo promissório, vários beneficiários poderão ter adquirido o direito à prestação ao longo de um período temporal linear e constante – ex.: (A) promete um prémio a todos os que, até ao final do ano civil, conseguirem resolver, pelo menos, cinco dos vinte e três problemas de DAVID HILBERT.

A fixação do prazo não tem de ser um ato expresso por parte do promitente, podendo decorrer implicitamente da declaração promissória pública pela natureza ou fim previstos¹⁰¹³. Neste sentido, a regra é a de que, sempre que não haja prazo, a promessa pública manter-se-á eficaz, ou seja, o promitente continuará vinculado

¹⁰¹¹ Quanto à revogabilidade, MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, p. 801.

¹⁰¹² Em sintonia, no direito italiano, BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 467; AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.), p. 82.

¹⁰¹³ PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 442.

à prestação prometida (artigo 460.º do CC, primeira parte¹⁰¹⁴). Contudo, o ordenamento jurídico permite a *revogação* da promessa, estabelecendo um regime que difere consoante a existência de *prazo* fixado (artigos 460.º, parte final e, especialmente, 461.º do CC). Sempre que se verifique inexistência de prazo, a promessa pública é revogável a todo o tempo pelo promitente (por mãos próprias, pelo seu representante ou pelos seus herdeiros¹⁰¹⁵); se um prazo tiver sido fixado, a promessa pública só é revogável fundada em justa causa. O direito à revogação de uma promessa pública pelo promitente tem natureza de direito potestativo¹⁰¹⁶.

Na esteira das doutrinas alemã (§658 do BGB) e austríaca [§860, a) do ABGB]¹⁰¹⁷, procurando um *lugar paralelo* no ordenamento jurídico através de um argumento *a pari* extraído do artigo 230.º/1 do CC justificado pelo princípio da autonomia privada, entendo que o promitente possa *renunciar* à possibilidade de revogação da promessa pública, devendo fazê-lo no texto do enunciado promissório ou em momento posterior, desde que seja efetuada por igual ou equivalente meio anunciativo. VAZ SERRA considera que a relação entre “igual meio” e “meio equivalente” é gradativa: só se deve anunciar através de meio equivalente quando o meio idêntico não for possível¹⁰¹⁸. Não parece, porém, ter

¹⁰¹⁴ Esta disposição normativa utiliza, tanto na epígrafe como no próprio texto do artigo, a expressão “prazo de validade” (e repete-a no artigo 461.º do CC). É deveras criticável a inserção de tal expressão no quadro em apreço. Em bom rigor, o prazo não é de validade, mas sim de eficácia da promessa. A validade assenta na verificação de pressupostos essenciais de conteúdo especificamente delimitados pelo ordenamento jurídico, por exemplo, a falta de um requisito essencial como sucede nos casos em que a promessa não é anunciada publicamente (acompanhando, BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 449). A eficácia é uma consequência da resposta afirmativa a tal asserção. Destarte, num caso de fixação de prazo pelo promitente, passado o mesmo, a promessa pública deixou de produzir efeitos jurídicos – tornou-se ineficaz, embora juridicamente válida. O que é curioso verificar é que o legislador português, no artigo 461.º/2 do CC, usa corretamente o conceito de eficácia jurídica quando regula o regime da revogação da promessa pública.

¹⁰¹⁵ VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 300.

¹⁰¹⁶ Também terá a mesma natureza a revogação pelo promissário de uma promessa emitida numa estrutura de contrato a favor de terceiro se esta promessa não foi feita no interesse deste e do promitente, caso em que requer acordo de ambos – com efeitos potestativos para o beneficiário ainda não-aderente (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 49).

¹⁰¹⁷ Ver, a este propósito, MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, p. 803.

¹⁰¹⁸ VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 307.

sido essa a opção do legislador português. A teleologia da disposição normativa é a de conseguir atingir o público-alvo, isto é, atingir todos os potenciais beneficiários da promessa. Por isso, o meio tem de ser, isso sim, *idóneo* à prossecução do resultado pretendido com a revogação.

Para evitar que se revoguem promessas em que o beneficiário já se encontra determinado, ou seja, de modo a evitar que unilateralmente um dos intervenientes possa, com ou sem motivo justificado, terminar uma relação obrigacional que a lei considera estabelecida, o artigo 461.º/2 do CC acrescenta que a revogação é ineficaz “se a situação prevista já se tiver verificado ou o facto já tiver sido praticado”, sendo que a forma da revogação deverá ser igual ou equivalente à forma utilizada na declaração promissória¹⁰¹⁹. Consequentemente, isto significa que, se não tiver fixado prazo, o promitente pode, a todo o tempo, tentar impedir a continuação dos efeitos do negócio unilateral por forma a não ficar vinculado *ad aeternum*. Mas se já se verificou a condição de determinabilidade, quer seja pela prática do facto, quer seja pela verificação da situação, ainda que haja desconhecimento ($\neg k$) por parte do promitente desse facto, a revogação é ineficaz. Note-se, não há caducidade do direito, mas ineficácia do seu exercício. Esta temática merece atenção e clarificações especiais. Como se tem reparado, o negócio unilateral em análise gravita em torno do elemento (k): por um lado, é condição essencial a verificação de ($\neg k$) quanto à individualização do beneficiário; por outro, embora supletivamente, a determinação do beneficiário e consequente atribuição do direito à prestação dá-se independentemente de (k) no que respeita à existência da promessa pública; finalmente, ($\neg k$) do lado do promitente quanto à determinação do beneficiário obsta à eficácia da revogação.

No que toca, em particular, ao terceiro e último ponto, embora o modelo legalmente previsto seja estrutural e funcionalmente coerente na medida em que permite uma sintonia no que diz respeito ao equilíbrio de interesses em jogo, ele

¹⁰¹⁹ Seguindo-se, em paralelo, o regime jurídico relativo à forma de revogação de ofertas ao público (artigo 230.º/3 do CC).

deverá ser aplicado cautelosamente. A cláusula geral da boa fé assume neste contexto um papel fulcral no sentido de impedir eventuais exigências abusivas do direito à prestação. Pense-se no caso em que (A), promitente, revoga eficazmente a promessa pública numa data definida e (B), que entretanto já adquiriu o direito à prestação vem, passado cinco anos, exigir o cumprimento da obrigação. A pergunta que ora se coloca é se tal exigibilidade será (ou não) permitida pelo ordenamento jurídico e se releva, para efeitos da solução, o momento da cognoscibilidade da revogação por parte de (B) ou, por outra banda, o conhecimento da condição de determinabilidade por parte de (A). Embora assentem numa lógica comum, proponho soluções diversas em face de ambas hipóteses. Se se verifica (k) do promitente quanto à identificação dos beneficiários¹⁰²⁰ e se o conteúdo promissório poderia ser estendido por tempo indeterminado¹⁰²¹ – pela mesma causa justificativa que se permite a utilização da figura da denúncia de modo a fazer cessar os efeitos de um contrato a tempo indeterminado –, o promitente poderá revogar a promessa pública, contando que os efeitos serão exclusivamente *ex nunc*¹⁰²², ou seja, todos os elos obrigacionais constituídos até ao momento da revogação não serão tocados (o que significa que os beneficiários manterão o direito à prestação debitória). Esta solução proposta não encontra resposta expressa no regime jurídico da promessa pública; aliás, aparenta ser inclusivamente contrária ao disposto no artigo 460.º/2 do CC. Mas esta contrariedade é meramente aparente pois quando a lei determina a ineficácia, tal consequência jurídica deverá ser interpretada no sentido de abarcar única e

¹⁰²⁰ Relembro que a atribuição do direito à prestação não tem de recair sobre um único beneficiário. Tudo depende da interpretação concreta da declaração promissória pública.

¹⁰²¹ Os exemplos não são assim tão raros. Veja-se a hipótese de alguém prometer publicamente uma prestação a quem consiga descobrir formulações e/ou sequências matemáticas que permitam desvendar um número *infinito* de frações sem nunca as repetir e expostas no seu enunciado mais simplista. Como ensina MATT PARKER, in *Numberphile* (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=DpwUVExX27E>), existem atualmente, pelo menos, duas respostas diferentes ao problema em questão.

¹⁰²² Tal como acontece no caso dos efeitos da revogabilidade da oferta ao público – cfr. PINTO, SÁ, in *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, comentário ao artigo 231.º, p. 523.

exclusivamente as situações nos termos das quais se verificou a condição de determinabilidade¹⁰²³. Neste sentido, onde se lê que “(...) a revogação não é eficaz, (...) se a situação prevista já se tiver verificado ou o facto já tiver sido praticado”, deve entender-se que é ineficaz apenas e só perante aqueles que tiverem praticado o facto ou sobre aqueles que se tenham colocado na situação prevista. De igual modo, sempre que o promitente desconheça que a condição de determinabilidade se verificou, nos termos do artigo 461.º do CC, a resposta será semelhante, isto é, a revogação produzirá efeitos *ex nunc*. Isto assim será mesmo em relação aos beneficiários que adquiriram o direito de crédito “sem atender à promessa” ($\neg v$) ou “na ignorância dela” ($\neg k$)¹⁰²⁴. Tanto o negócio como o vínculo obrigacional estão completos: se assumir forma de remissão de dívida, a extinção da obrigação só opera por acordo. No mesmo sentido, os negócios unilaterais constitutivos de obrigações só poderão ser revogados por mútuo acordo entre promitente e beneficiário. Não considerar esta hipótese nos casos paradigmáticos como a promessa pública é desconsiderar o regime remissivo.

Contrariamente, em Itália, o segundo parágrafo do artigo 1989 do *codice* prevê especificamente que em caso de não fixação de prazo pelo promitente, a promessa pública cessará os seus efeitos se, passado um ano após a emergência da mesma, a verificação do facto ou situação previstos não fora comunicado ao promitente¹⁰²⁵. Algumas vozes doutrinárias identificam uma situação jurídica passiva de *ónus de comunicação* por parte do beneficiário¹⁰²⁶. Outros juristas, como SBISÀ, utilizam esta disposição normativa para justificar a natureza contratual da promessa ao público, na medida em que este ato comunicativo é um

¹⁰²³ A este propósito VAZ SERRA propõe que “realizada a situação ou o acto previstos, a revogação não seria eficaz, a não ser que o revogante tivesse procedido de boa fé e o credor da prestação prometida tivesse culpa em não lhe ter comunicado mais cedo aquela realização” (“Promessa pública”, p. 302).

¹⁰²⁴ Contra, VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 302”.

¹⁰²⁵ Este prazo é puramente arbitrário e injustificável – neste sentido, VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 299-300.

¹⁰²⁶ Assim, GIORGIANNI, *L'obbligazione*, p. 51. Para desenvolvimentos, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 230 e ss.

ato dispositivo (*atto di disposizione*) que se assemelha, funcional e ontologicamente ao ato de aceitação da proposta¹⁰²⁷. Já FERRI e FALQUI-MASSIDDA (sem prejuízo de defenderem a natureza unilateral) parecem apontar para o facto desta comunicação ao promitente poder ser “configurada como um elemento da fatispécie constitutiva do direito do beneficiário”¹⁰²⁸. MESSINEO, por outro lado, sustenta que a regra prevista no segundo parágrafo do artigo 1989 do *codice* corresponde à aposição de um termo certo legalmente pré-definido¹⁰²⁹. A solução italiana difere da maioria dos ordenamentos jurídicos europeus¹⁰³⁰. O direito alemão alinha-se, com algumas adaptações, com o regime português. O §658 do BGB estabelece que a *Auslobung* pode ser sujeita a revogação (*Widerruf*) pelo promitente até ao momento em que o ato é praticado. Porém, ela só será eficaz se for anunciada através da mesma forma que foi emitida a declaração promissória ou se ocorrer através de um “anúncio especial” (*wenn er durch besondere Mitteilung erfolgt*)¹⁰³¹. O direito alemão também prevê a possibilidade de renúncia à faculdade revogatória, acrescentando que, em caso de dúvida, ela será entendida como estabelecendo um período de tempo para a realização do ato¹⁰³².

Pelo exposto, entre nós, não há qualquer situação de ónus comunicativo, apenas vigorando os ditames gerais da boa fé. Para este efeito, torna-se importante aferir os dois elementos (*k*) em questão. Em primeiro lugar, saber se o promitente tem conhecimento da determinação do beneficiário – notando que a correlação entre o peso deste conhecimento e o grau numérico da possibilidade abstrata de potenciais beneficiários é inversamente proporcional, ou seja, quanto maior for o grau, menor o peso. Em segundo lugar, saber se o beneficiário tem ou não – e se

¹⁰²⁷ SBISÀ, “Promessa al pubblico”, p. 5. Estabelecendo críticas *de jure condendo*, do mesmo autor, *La promessa al pubblico*, pp. 179 e ss.

¹⁰²⁸ FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 36; FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”, p. 89.

¹⁰²⁹ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 245.

¹⁰³⁰ No direito austríaco, cfr. §860, a) do ABGB. Faça-se notar que na Suíça, o COS é omissivo quanto ao prazo, mas o artigo 8.º regula a matéria da revogação.

¹⁰³¹ GURSKY, *Schuldrecht*, p. 152 PALANDT, *BGB Kommentar*, pp. 1079 e ss.

¹⁰³² SEILER, in *AvVv, Münchener Kommentar*, IV, pp. 1752-4; FRIEDERICI, in *PRÜTTING et al., BGB Kommentar*, p. 1443.

tem, *quando* tem – conhecimento da revogação da promessa pública. A aquisição do direito à prestação não invalida, naturalmente, um *uso abusivo* desse mesmo direito. Em ambos os pontos, o elemento (*k*) afigura-se como indispensável para a determinação de uma eventual aplicação do regime previsto pelo artigo 334.º do CC. E, como indica a doutrina dominante¹⁰³³, um dos pressupostos do abuso de direito consiste precisamente no exercício ilícito de um direito juridicamente existente, abstratamente eficaz, e efetivamente atribuído. Esta é a única solução que se compagina com a construção dogmática do artigo 461.º do CC, interpretado no sentido *supra* indicado. Não é possível ir para além deste modelo genérico pois a análise apenas se circunscreve às circunstâncias específicas do caso. Por isso, é possível conceber a hipótese de que o “agora” *ex-promitente* público consiga obstar à exigibilidade da prestação promissória com o fundamento num exercício abusivo do direito à prestação por parte do beneficiário. Para além dos limites legalmente definidos através do conceito de justa causa – e bem assim, daqueles voluntariamente impostos pelo auto-vinculado através da aposição de uma cláusula de renúncia à revogação – é concebível identificar o artigo 334.º do CC como obstáculo ao exercício do direito potestativo de revogação unilateral.

Toda esta maiêutica leva-me a concluir que a posição em que se encontra o beneficiário – ora determinado – não é totalmente equivalente à de um *credor genérico* (ou comum). Este é um aspeto essencial que merece ser destacado, tornando-se ainda mais perceptível quando acareado com o regime jurídico da oferta *ad incertas personas*. Quando o negócio jurídico a ser celebrado é plurilateral como sucede na oferta ao público, a identificação do destinatário faz-se através de uma declaração negocial que tem a natureza de um ato jurídico unilateral recetício: aceita-se a oferta, verifica-se o *consensus* constituindo-se, consequentemente, o elo obrigacional. O conhecimento ou receção por parte do ofertante público da aceitação da oferta é requisito de eficácia porquanto é só através da *acceptio* que se manifesta a intenção da constituição de um negócio bilateral por parte do

¹⁰³³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, tomo IV, pp. 239 e ss.

declaratório¹⁰³⁴. O princípio da irrevogabilidade da proposta identificado no artigo 230.º/1 do CC¹⁰³⁵ segundo o qual – supletivamente – a proposta não é revogável após receção ou conhecimento pelo destinatário, encontra no número três do preceito um regime especial¹⁰³⁶. Este princípio geral fundamenta-se na proteção da confiança do destinatário da declaração e bem assim na proteção genérica do tráfego negocial¹⁰³⁷. O regime especial é o de que, nas ofertas ao público, o negócio jurídico unilateral emitido *ad incertas personas* é livremente revogável¹⁰³⁸. Entendo que, tal como sucede no caso da promessa ao público, a revogação da oferta ao público tem efeitos *ex nunc*. Mas ao contrário daquele negócio unilateral, neste, a verificação de (k) quanto ao ato de aceitação da contraparte pelo ofertante público constitui pressuposto essencial para que os efeitos da revogação não

¹⁰³⁴ Como consequência direta, defendo que o artigo 234.º do CC será inaplicável nos casos de oferta ao público. Faça-se notar que a “dispensa de aceitação” não converte o contrato em negócio unilateral porquanto não se dispensa o ato de aceitar, mas a comunicação desse ato (para uma breve apreciação desta disposição legal, PINTO, SÁ, *in Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, comentário ao artigo 236.º, pp. 537-41).

¹⁰³⁵ O princípio da irrevogabilidade da proposta é transversal a diversos ordenamentos jurídicos, entre os quais o direito alemão (cfr. §145 do BGB; WOLF, NEUER, *Allgemeiner Teil*, §37, pp. 420-1). WITZ, ao escrever sobre a temática, indica que não se trata rigorosamente de um princípio, pois existe sempre a possibilidade de estipulação contrária (assim, WITZ, *Droit privé allemand*, p. 135). Encontro-me em desacordo com esta opinião. Um princípio, por natureza, não é uma regra fechada. Cumpre ainda mencionar que direito italiano não segue a dogmática alemã. O artigo 1328 do *codice* prevê a liberdade de revogação da proposta caso o proponente não se tenha obrigado a não revogar (artigo 1329 do *codice*). Deverá, todavia, indemnizar o declaratório pelos prejuízos causados em sede de responsabilidade pré-contratual (GALLO, *Istituzioni*, p. 419).

¹⁰³⁶ Tal regime jurídico só seria excecional se a regra prevista no artigo 230.º/1 do CC fosse imperativa.

¹⁰³⁷ VAZ SERRA, “Perfeição da declaração de vontade”, pp. 82-3; BUSCHE, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 1613. No mesmo sentido, mas quanto à promessa pública, MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”, p. 802.

¹⁰³⁸ Esta regra foi produzida para proteção do declarante. No caso em apreço, a autonomia privada permite que o ofertante público possa atribuir uma natureza irrevogável à declaração (assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II, p. 457). O BGB expressamente segue esta linha no §145 do BGB; o direito suíço (artigos 3 a 5 do COS) e austríaco (§842 do ABGB) também acompanham esta ideia. A este propósito, o *Reichsgericht* entendia que caso fosse aposta a possibilidade de revogação pelo declarante aquando da enunciação da declaração negocial, então a natureza de tal ato nunca poderia constituir uma proposta, mas tão-somente uma *invitatio ad offerendum* – assim, RG, de 3-06-1921. Nos direitos anglo-saxónicos – regra geral – em qualquer circunstância a *promise* pode ser revogada antes de ser aceite (HOGG, *Promises and Contract Law*, p. 217).

atinjam a contraparte determinada ou em vias de determinação¹⁰³⁹. Por conseguinte, a revogação só produz efeitos para o futuro, sendo válidos e eficazes todos os negócios jurídicos formados antes da declaração de revogação nos termos dos quais se formou o *consensus* através da *acceptio* da contraparte ora determinada.

Como se concluiu anteriormente, independentemente da melhor adequação casuística tendo em conta o fim pretendido – e se permitido pela lei – é possível *optar* pela estrutura discursiva do negócio. Assim, relativamente ao tópico em análise, comparando ambos os regimes, é notório que o regime jurídico da revogação de uma oferta *ad incertas personas* é manifestamente mais protetor do declarante do que a proteção dada ao promitente público. Esta ilação reconduz-se, de um modo geral, às diferentes naturezas declarativo-negociais em questão. Embora a proposta tendente a um contrato de eficácia obrigacional não deixe de ser qualificada como negócio jurídico unilateral¹⁰⁴⁰, os seus efeitos não são obrigacionais. A proposta tem como efeito a criação de uma situação jurídica passiva de sujeição para o proponente e, correlativamente, a emergência de um direito potestativo por parte do declaratário que pode, unilateralmente e se assim o desejar, produzir um efeito jurídico na esfera daquele independentemente da sua vontade¹⁰⁴¹. É este o modelo clássico do diálogo negocial. Contrariamente, a

¹⁰³⁹ Valerão aqui todas as regras gerais quanto à eficácia da declaração negocial de aceitação (artigo 224.º do CC). Para desenvolvimento, *vide, inter alia*, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, pp. 111 e ss.; MOTA PINTO, *Teoria Geral*, pp. 648 e ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, pp. 75 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II, pp. 321 e ss.; FERREIRA PINTO, *in Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, comentário ao artigo 224.º, pp. 503 e ss.

¹⁰⁴⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 412; GALLO, *Istituzioni*, p. 416. Estando funcionalmente dependente de uma aceitação, para os autores alemães, a proposta não é considerada um negócio unilateral (VON TUHR, *Allgemeiner Teil*, §62, p. 460; FLUME, *Allgemeiner Teil*, §35, p. 635). A doutrina francesa divide-se. A favor da unilateralidade negocial, RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, p. 441.

¹⁰⁴¹ Em Itália, o *codice* é claro ao atribuir uma natureza obrigacional à proposta (cfr. artigos 1328 e 1329 do *codice*). A diferença entre estas duas espécies de situações jurídicas passivas é de fácil perceção. Enquanto que na *obrigação*, o obrigado pode decidir *não cumprir* o ato prometido, já na *sujeição*, não há nada que ele possa fazer para obstar ao efeito jurídico pretendido pela parte titular do direito potestativo. Relembro que na Alemanha, VON KÜBEL definia oferta contratual como constituindo uma promessa (obrigacional) vinculativa – “*Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zum Worthalten (Vertragsantrag)*” – cfr. VON KÜBEL, “Das einseitige

quase-simbiose entre a declaração negocial (*dp*) e o negócio previsto (*P*) que se verifica nos negócios unilaterais torna logicamente impossível a atribuição de tal relação jurídica, saltando-se diretamente da singularidade da eficácia declarativa para a atribuição dos efeitos (*hic*: obrigacionais) do negócio previsto. Antes da verificação da condição de determinabilidade, a promessa pública encontra-se ainda numa fase preliminar porquanto a letra da lei aponta para a constituição de um *vínculo obrigacional precário* que, num primeiro momento (regra geral) apresenta *uma só face*. Assim será em todos os casos em que o momento da verificação da *conditio* não é concomitante com a perfeição da declaração promissória. Na vigência deste vínculo precário, o regime da revogação da promessa pública não pode descurar tal quadro jurídico-obrigacional. Assim, na medida em que (*dp*) se aproxima de (*P*) – esta última, na versão de “vinculação quase-consolidada” –, a possibilidade de o promitente poder fazer cessar unilateralmente os efeitos decorrentes da declaração é tanto mais restrita quanto a evidência efetiva de tal perfeição. O sentido que aqui atribuo ao termo “constituição quase-consolidada” relaciona-se com a direta aferição da verificação da condição de determinabilidade que tem como objetivo a identificação do beneficiário, ou seja, o encontro da *outra face* do elo obrigacional. Adiante, no ponto 2.2.8 do presente Capítulo, este tema será sujeito a desenvolvimento.

Deixo também uma breve nota para o conceito de *justa causa* presente no artigo 461.º/1 do CC que, aliás, reproduz o artigo 1990 do *codice*. A jurisprudência nacional ainda não formalizou uma doutrina sólida quanto ao conceito de justa causa de revogação (ou, como distingue – e bem – GALVÃO TELLES, *rescisão*¹⁰⁴²)

Versprechen”, pp. 1145 e ss. Nos direitos de *common law* a *offer* é considerada como “promessa sob condição” (de aceitação) – HOGG, *Promises*, p. 212; criticando, pp. 213-4.

¹⁰⁴² *Obrigações*, p. 180. Acompanhando o jurista, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 273.

da promessa pública¹⁰⁴³. O conceito é indeterminado e amplo por natureza¹⁰⁴⁴ e a sua concretização terá de ser necessariamente casuística, mas deverá ter em consideração os fundamentos dogmáticos do direito privado no que toca à matéria da correlação de interesses legalmente protegidos que se encontram em jogo: desde a aferição concreta da amplitude do grau de proteção da confiança à elasticidade da autonomia privada. A justa causa de revogação de uma promessa pública não assenta na impossibilidade da prática da ação identificada ou da verificação da situação prevista (impossibilidade material) porquanto estes são, por exemplo, elementos funcionais da condição de determinação que individualiza a posição de credor, o que tem como efeito a nulidade do negócio jurídico nos termos da segunda parte do artigo 511.º do CC. Sem prejuízo do balanço de interesses em causa, ela assentará na impossibilidade da realização da finalidade prevista pelo promitente ou na inutilidade superveniente da prestação prevista, ainda que a prática do ato ou situação previstos sejam materialmente possíveis (impossibilidade jurídica)¹⁰⁴⁵. Não poderá, contudo, (i) ter como fundamento um ato próprio do promitente que tenha provocado a impossibilidade da realização desse fim, nem (ii) uma diversa apreciação daquele quanto à sua auto-regulação de interesses, nem tão-pouco (iii) poderá justificar-se através de um interesse de um terceiro, estranho ao negócio¹⁰⁴⁶. Se a função económico-social da promessa

¹⁰⁴³ Os casos judiciais de promessas públicas são quantitativamente insignificantes devido a falta de conhecimento generalizado dos potenciais promitentes desta possibilidade auto-vinculante. Por maioria de razão, ainda mais escassos serão os casos em que se discute a natureza e amplitude do conceito de justa causa no âmbito da revogação da promessa.

¹⁰⁴⁴ CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 237 e ss.

¹⁰⁴⁵ Assim também parece apontar SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 272.

¹⁰⁴⁶ Neste sentido, quanto aos dois últimos aspetos, Cass. 14-03-1991, n.º 2674, *FI*, 1991, I, 1, p. 2138. Um exemplo apontado por SBISÀ e D'ANGELO é o da existência de um ato administrativo que impeça materialmente que ação prevista se realize ou que o potencial beneficiário possa colocar-se na situação prevista (SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 274; D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, p. 786; contra, FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 38). Discordo deste entendimento pelos motivos acima identificados. Se há um impedimento material, então a determinação torna-se impossível o que resulta na invalidade do negócio. O mesmo sucede em impedimentos puramente jurídicos – por exemplo, a revogação de uma lei em que permitia um determinado estado. Desaparecendo a possibilidade jurídica desse estado, a determinação também será impossível. Considero que a única situação onde a justa causa poderia ser abstratamente invocável

for de liberalidade, o promitente pode invocar justa causa sempre que as suas condições patrimoniais tiverem sofrido uma alteração substancial no sentido negativo¹⁰⁴⁷.

Para finalizar, cumpre mencionar uma antiga discussão que se relaciona com a questão de saber se um dos efeitos da revogação da promessa pública poderá ser a constituição de uma obrigação de indemnização na esfera jurídica do expromitente pelas despesas efetuadas pelos potenciais beneficiários quanto à prática do facto ou verificação da situação prevista durante o período de vigência do negócio unilateral. O direito suíço prevê, no artigo 8.º/2 do COS, que o promitente que adequadamente revogue a promessa pública deva, segundo os ditames da boa fé, compensar os potenciais beneficiários pelas despesas por estes efetuadas, a menos que se demonstre que a determinação nunca poderia ocorrer independentemente da revogação¹⁰⁴⁸. Nos direitos de *common law*, a doutrina da *part-performance* dita que, embora o promitente possa revogar a promessa antes do “cumprimento” do ato previsto, tem de compensar a contraparte pelo seu esforço¹⁰⁴⁹. Os direitos português, alemão e italiano não consagram uma regra que responda diretamente a esta questão. No silêncio da lei, BRANCA defende que não há qualquer tipo de emergência obrigacional¹⁰⁵⁰. Outros procuram encontrar um lugar paralelo no regime jurídico da responsabilidade pré-contratual vigente no artigo 1337 do *codice*, nos termos do qual se prevê a possibilidade de emergência de obrigação de indemnização se forem quebradas regras de boa fé¹⁰⁵¹. Entre nós,

como fundamento de revogação é aquela em que há uma impossibilidade jurídica, mas não material.

¹⁰⁴⁷ Acompanhando esta ideia, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 280. Colocando a dúvida, CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 239-40.

¹⁰⁴⁸ BUCHER, in *Basler Kommentar*, p. 110.

¹⁰⁴⁹ TREITEL, *The Law of Contract*, cap. 3, §158. Caso *Schweppe v. Harper* [2008] EWCA Civ 444, p. 42. Há quem sugira que este caso veio demonstrar que nos *unilateral contracts* a *part-performance* é indicadora de aceitação da oferta, atribuindo *consideration* ao contrato (assim, POOLE, *Contract Law*, 2.6.2.).

¹⁰⁵⁰ BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 472.

¹⁰⁵¹ Neste sentido, SBISÀ, *La promessa al pubblico*, p. 260; DI MAJO, “Promessa unilaterale”, p. 66.; D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*, p. 797.

VAZ SERRA admite a hipótese de indemnização por despesas feitas por terceiros de boa fé independentemente de justa causa na revogação, acrescentando que se esses terceiros pudessem contar com a revogação, então tais despesas não poderão ser indemnizáveis por se encontrarem de má fé¹⁰⁵². Acompanho esta posição. Na verdade, a situação jurídica ativa que se encontra o potencial beneficiário é o de uma *expectativa jurídica*: situação juridicamente relevante de tutela de interesses durante o curso de constituição ou aquisição de um direito que “depende de um facto complexo de produção sucessiva”¹⁰⁵³. No caso da promessa pública, o direito a constituir na esfera do potencial beneficiário é o direito de crédito que está dependente da prática do facto ou verificação de situação previstos. Nem todos os potenciais beneficiários se encontram numa situação de expectativa jurídica. Como procurei definir, potencial beneficiário corresponde a qualquer pessoa jurídica sobre a qual recai a condição de determinabilidade. Os interesses legalmente tutelados só se manifestarão quando haja comportamentos, ativos ou negativos, que provoquem diminuições do conteúdo patrimonial ou afetações negativas subjetivas de índole não-patrimonial. Neste sentido, só poderão ser ressarcidos todos os potenciais beneficiários que tenham atendido à promessa (*v*) – não bastando a mera cognoscibilidade (*k*) – cujas expectativas tenham sido frustradas por força do ato revogatório, de acordo com os ditames da boa fé. Todos os restantes potenciais beneficiários têm apenas uma situação de expectativa de facto que não é tutelada pelo ordenamento jurídico¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵² VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 305-6.

¹⁰⁵³ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 595; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*, pp. 188-9.

¹⁰⁵⁴ Para uma distinção entre expectativa *de facto* e *de jure*, REI, “Da expectativa jurídica”, pp. 151 e ss.

2.2.7. COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA

O artigo 462.º do CC regula a hipótese de vários potenciais beneficiários terem contribuído para prática da prática do facto ou para a verificação da situação previstos. O preceito legal estabelece que, se várias pessoas tiverem cooperado “conjunta ou separadamente” na verificação do facto ou situação previstos, a prestação prometida será “dividida equitativamente”, tendo em conta a parta que cada uma delas teve no resultado obtido.

É necessário distinguir o conteúdo desta norma jurídica com a situação de *pluralidade de beneficiários autónomos* que é um problema que diz respeito à interpretação da declaração negocial¹⁰⁵⁵. Por definição, a promessa pública resulta de um único negócio jurídico unilateral, independentemente da quantidade de beneficiários potenciais. O entendimento contrário – afirmar que nas promessas públicas de beneficiários plurais cada identificação do beneficiário faz emergir um negócio unilateral auto-suficiente – resulta numa confusão entre natureza do negócio em causa com os efeitos da sua declaração constitutiva. Como tenho vindo a apontar, a promessa pública nasce de uma declaração cuja morfologia assenta numa *pré-indeterminação* do(s) beneficiário(s) – paradigma fixo deste tipo negocial. Esta determinação do beneficiário não tem como efeito a constituição do negócio. Na promessa pública, os efeitos da determinação relevam funcionalmente para constituição do direito à prestação, ou seja, para o início do processo de consolidação do vínculo. Nesse sentido, o negócio é *único* e deriva de uma só declaração promissória pública ainda que os beneficiários sejam múltiplos – ex.: (A) promete publicamente pagar €10 *a todos os* que, num certo ano, escreverem um artigo científico sobre catalepsia. Nas situações de pluralidade de beneficiários, o facto ou situação previstos podem ser verificados duas, três, cinco ou dezenas de

¹⁰⁵⁵ No direito alemão este problema não se coloca porque enquanto que o §659 do BGB regula os atos praticados por mais do que uma pessoa, já o §660 do BGB trata da cooperação entre várias pessoas para a verificação do resultado obtido – cfr. SEILER, *in* AvVv, *Münchener Kommentar*, IV, pp. 1754 e ss.

vezes pela mesma ou por várias pessoas jurídicas¹⁰⁵⁶. Haverá a atribuição abstrata de tantas prestações quanto beneficiários individualmente identificados.

Neste sentido, estes casos de pluralidade subjetiva não devem ser confundidos com a cooperação intersubjetiva prevista no artigo 462.º do CC. O princípio da divisão equitativa coloca-se a jusante da determinação dos beneficiários¹⁰⁵⁷. Aqui, a lei preocupa-se com a solução legal a dar quando – para a produção do facto ou verificação da situação previstos na declaração promissória – houve interferência direta ou indireta (esta última, desde que justificável *in casu*) de mais do que uma pessoa jurídica, o que significa, por sua vez, que a prestação prometida é só uma e será dividida. Trazendo à colação os já nossos conhecidos princípios aristotélico-tomistas, a regra é a da *distribuição proporcional equitativa*, ou seja, a repartição da prestação prometida pelos diversos cooperantes tem como fundamento o grau de interferência concreta¹⁰⁵⁸. Assim, se para a produção de um engenho, (B) contribuiu com 80% do trabalho e (C) com 20%, os €10000 prometidos publicamente por (A) serão divididos da seguinte forma: €8000 para (B) e €2000 para (C). No entanto, imagine-se que o promitente pretende entregar €10000 a todos os que conseguirem resolver a conjectura de KAKEYA. (B) e (C), matemáticos da *Standford University*, publicam um artigo em conjunto, demonstrando terem conseguido atingir tal objetivo. Do outro lado do planeta, (D), matemático da *Cambridge University*, consegue resolver a mesma conjectura, utilizando outros argumentos. Este caso assume-se como um exemplo típico de pluralidade subjetiva em concomitância com cooperação de várias pessoas. Por conseguinte, (D) receberá €10000, (B) e (C), receberão, conjuntamente o mesmo valor que será equitativamente distribuído entre eles de acordo com a participação concreta de cada um.

¹⁰⁵⁶ Assim também, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 446, nota de rodapé 1.

¹⁰⁵⁷ *Idem*, p. 446.

¹⁰⁵⁸ FERRI, *Le promesse unilaterali*, p. 39; BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 473; CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, p. 246.

Sempre que prestação prometida seja indivisível ela será entregue a todos os beneficiários e “fixada apenas a parte ideal de cada um, se houver lugar a isso, em atenção à dívida equitativa prescrita na lei”¹⁰⁵⁹. A apreciação tem de ser casuística e respeitar o princípio da proporcionalidade. Se a prestação é a entrega de um quadro avaliado em um milhão de euros, tendo ficado estabelecido que (A) contribuiu 80% para o resultado obtido, (B) 10% e (C) outros 10%, então o quadro ficará para (A), sendo que este deverá compensar (B) e (C) na parte que lhes cabe – cem mil euros a cada um. Caso (A) não possa ou não queira pagar, está na sua inteira disponibilidade optar, por exemplo, pela venda do objeto para obter a quantia pecuniária correspondente ao valor patrimonial para que possa ser distribuída em função das contribuições individuais. Mas se (A) e (B) contribuíram em 50%, a melhor solução é a do sorteio, na esteira do previsto no §660.º/3 do BGB¹⁰⁶⁰.

2.2.8. O APERFEIÇOAMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Os aspetos fundamentais da promessa pública que acabaram de ser analisados proporcionam as premissas necessárias para a análise das diversas fases do vínculo obrigacional. Esta é uma matéria muito pouco estudada, mas que merece uma especial atenção para o tema que me ocupa.

A natureza intrínseca da vinculação unilateral e o seu direto confronto com o princípio *invito beneficium non datur* faz com que o processo de consolidação da relação obrigacional fundada na promessa pública seja *condicionalmente faseado*. Identifico três momentos distintos: (i) a fase da constituição do vínculo; (ii) a fase da aquisição do direito à prestação; e (iii) a fase reativa. Antes de analisar

¹⁰⁵⁹ PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 443.

¹⁰⁶⁰ SEILER, in AvVv, *Münchener Kommentar*, IV, pp. 1756-8. No mesmo sentido parece apontar VAZ SERRA, “Promessa pública”, p. 316. O jurista considera, no entanto, que o sorteio se deve aplicar a todos os casos de indivisibilidade da prestação se outra solução não se tornar mais adequada – tal como a conversão em dinheiro para pagamento aos cooperadores (*ibid.*)

separada e aprofundadamente cada um destes momentos, é preciso mencionar que eles são *condicionais* e podem ser *concomitantes*. São condicionais porque não é *certo* que o nascimento da relação termine com a sua consolidação, seja por falta de verificação objetiva da segunda ou da terceira fase, seja por outra vicissitude intermédia como sucede no caso de revogação ou rescisão da promessa, ou mesmo na anulação por erro. E podem ser – outrossim – concomitantes, na medida em que como se observou, a determinação do beneficiário dar-se-á – em alguns casos – no momento da perfeição da declaração promissória sempre que a prática do facto ou situação previstos tenha ocorrido em momento anterior à constituição da promessa.

A *fase da constituição do vínculo* corresponde ao momento do nascimento da obrigação. É confirmada pela letra da lei, no artigo 459.º/1 do CC, na expressão “fica *desde logo* vinculado à promessa”. O termo “promessa” tem aqui o significado de (*P*), em particular de (*Pu*) ou seja, de negócio unilateral obrigacional e a própria alusão ao “vínculo” evidencia o momento constitutivo da obrigação promissória. A partir deste momento, o promitente só pode unilateralmente rescindir a promessa nos termos previstos pelos artigos 460.º e 461.º do CC. O cumprimento ainda não é possível, nem tão-pouco exigível. É a situação vinculativa mais precária¹⁰⁶¹ de todo o processo consolidativo pois tem uma natureza singular, na qual se espera, de acordo com o decorrer normal dos eventos, pelo seu aperfeiçoamento.

Relembrando que o conceito de obrigação provém da ideia latina de *obligare* – de ligação a algo ou alguém¹⁰⁶² – é preciso encontrar a *outra face* do elo, neste caso, o credor. É sobre o seu interesse (digno de proteção de legal) que corresponde a prestação debitória (artigo 398.º/2 do CC), E, na sequência da linha argumentativa acima proposta, é a verificação da condição de determinabilidade

¹⁰⁶¹ Usando também o sentido de *precariedade* quanto à fase anterior à reação do beneficiário de um contrato a favor de terceiro, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 172.

¹⁰⁶² ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, p. 1.

que inicia a *fase de aquisição do direito à prestação*¹⁰⁶³. O titular deste direito torna-se individualmente identificável assumindo a qualidade de credor. Se o promitente não declarar o contrário, esta aquisição é imediata¹⁰⁶⁴, automática ou *ipso iure*¹⁰⁶⁵, ou seja, ela é independente dos elementos (v) e (k) *supra* analisados. Nesta segunda fase, do ponto de vista subjetivo e objetivo, o elo obrigacional encontra-se estabelecido, mas não totalmente consolidado.

A precariedade tornou-se, assim, numa consolidação sujeita a uma *conditio*: a *reação do beneficiário* que perfaz a terceira e a última fase. É o princípio da intangibilidade – passiva ou ativa – da esfera jurídica alheia que a justifica. A reação pode ser positiva ou negativa: se for positiva, verifica-se o ato de *adesão*; se for negativa, o ato é de *recusa*¹⁰⁶⁶. Estes atos jurídicos unilaterais não têm cariz negocial, são *simples* atos jurídicos recetícios¹⁰⁶⁷, pelo que o artigo 295.º do CC lhes é aplicável.

Se o promitente opta pela não aplicação do regime supletivo a que faz referência o artigo 459.º/2 do CC, torna-se necessário distinguir se o que está em causa é a existência de (v) ou a relevância de (k). Assim, se ele apenas requer

¹⁰⁶³ O mesmo sucede, *mutatis mutandis*, no contrato a favor de um terceiro ou de um conjunto de terceiros indeterminados. A indeterminação não é incompatível com esta modalidade estrutural de negócio – assim, entre nós, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 354; a este propósito, para uma perspetiva comparatística entre o modelo francês (anterior à reforma de 2016), alemão e inglês, VERHAGEN, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 146-7.

¹⁰⁶⁴ Neste sentido, embora referindo-se à aquisição do direito à prestação por parte do beneficiário de um contrato a favor de terceiro, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 420.

¹⁰⁶⁵ Assim também, e nos termos previstos na nota de rodapé anterior, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 171-2. Ver, para o direito alemão, VON GARREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, §§54 e ss.; STÜRNER, MEDICUS, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 641 e ss., em especial, p. 645.

¹⁰⁶⁶ Neste aspeto, sigo a bastante convidativa tese de FERREIRA DE ALMEIDA quanto ao *modus* reativo dos declaratório nos casos em que a declaração negocial não demonstre ser “auto-suficiente na prossecução da sua eficácia económico-social”. (cfr. *Texto e Enunciado*, II, pp. 790 e ss.). O DCFR opta, todavia, por deixar os termos aceitação e rejeição quando se trate de um ato jurídico unilateral (*vide* artigo II, 4:303 do DCFR).

¹⁰⁶⁷ Contra a natureza recepienda da recusa nos termos gerais, FERREIRA DE ALMEIDA *Texto e Enunciado*, II, p. 803. Como veremos adiante, a recusa deve ser comunicada ao destinatário, embora seja efetivamente considerada como uma renúncia a um direito (neste sentido parece apontar ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 422.).

cognoscibilidade por parte do beneficiário para a atribuição do direito à prestação – existência de (*k*) – a fase reativa ainda não se verificou. Por outro lado, se o promitente exige que o beneficiário tenha intenção em adquirir tal qualidade aquando da prática do ato previsto ou se encontre na situação identificada, não se deve considerar um caso de *adesão presumida*. Na verdade, é o próprio ato unilateral recetício de adesão que espoleta a segunda e a terceira fase ao mesmo tempo¹⁰⁶⁸. A adesão e a recusa não são atos de idêntica natureza jurídica ainda que relacionalmente contrários. A adesão corresponde a um poder de conformação da situação jurídica obrigacional; a recusa, a um direito potestativo. Se o beneficiário não declarar se adere ou se recusa, manter-se-ão apenas os efeitos decorrentes da segunda fase. Se assim desejar, o promitente pode livremente manifestar o seu interesse legítimo em cumprir a obrigação, momento em que provavelmente obterá uma reação, positiva ou negativa do lado do beneficiário¹⁰⁶⁹.

A adesão tem o efeito jurídico de precluir a recusa¹⁰⁷⁰. Por isso, ela representa um ato renunciativo ao direito potestativo de renúncia¹⁰⁷¹. Uma vez aderida a promessa, ela não pode ser recusada em momento posterior. O ato de aderir tem natureza recetícia e pode ser feito no momento do cumprimento da promessa, como no momento da determinação do credor – expressa ou tacitamente, mas nunca silenciosamente¹⁰⁷². Nada impede também que tal ato

¹⁰⁶⁸ Já a fase do vínculo pretérito pré-existe ao ato de adesão porquanto o artigo 459.º/2 do CC tem como escopo o momento da determinação do beneficiário (“...mesmo em relação àqueles...”) e não o momento constitutivo da obrigação (momento esse que está identificado no seu primeiro parágrafo– “...fica vinculado desde logo...”).

¹⁰⁶⁹ Valerão aqui as regras gerais quanto ao prazo e ao lugar da prestação tal como se aplicará naturalmente o princípio geral da atuação de *boa fé* (artigo 762.º/2 do CC). Um dos corolários deste princípio no âmbito da promessa pública e que encontra amparo no instituto do abuso de direito (artigo 334.º do CC) é exatamente o facto de o beneficiário não poder ficar eternamente na segunda fase a seu *bel-prazer*.

¹⁰⁷⁰ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 421; PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 429; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 797.

¹⁰⁷¹ A propósito do contrato a favor de terceiro, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 172. Nas palavras de PACCHIONI “*è semplicemente la rinuncia al diritto di rifiutare*” (*Contratti a favore dei terzi*, p. 197).

¹⁰⁷² Como escreve FERREIRA DE ALMEIDA, “dada a sua natureza de opção em relação à recusa, dificilmente o silêncio poderá valer como adesão” (*Texto e Enunciado*, II, p. 799).

possa ser executado em momento anterior à aquisição do direito à prestação. Entendo, contudo, quanto a este último caso, que o potencial beneficiário pode *revogar a adesão* até ao momento da verificação da sua condição de determinabilidade. Esta conclusão não se mostra incompatível com os interesses em jogo no processo de aperfeiçoamento e consolidação da relação obrigacional, valendo, aliás, um argumento *a pari*: se não houver fixação de prazo, a regra geral é a de que o promitente pode revogar eficazmente a promessa; logo, da mesma forma pode o beneficiário revogar a sua prévia adesão.

O ato de aderir consolida a relação obrigacional o que significa que, a partir deste momento, a extinção da obrigação seguirá os modelos típicos que se encontram regulados no CC – pode ser, por exemplo, extinguida por meio remissivo apenas por contrato entre promitente e beneficiário. Na estrita medida em que não compreende qualquer efeito constitutivo, modificativo ou extintivo, na esfera do promitente nem tão-pouco no beneficiário, este ato unilateral deve ser considerado como um ato puramente confirmativo¹⁰⁷³.

Um aspeto muito importante a realçar é o de que a adesão não tem como efeito a caducidade do direito à revogação atribuído ao promitente. Como se referiu anteriormente, a aquisição do direito à prestação – ou seja, a verificação casuística da segunda fase – é causa de ineficácia e não de caducidade – do exercício desse direito potestativo. Este é um regime diferente daquele que se encontra previsto no artigo 448.º/1 do CC quanto à revogação de um contrato favor de terceiro. Neste regime, é o momento da adesão que provoca a caducidade¹⁰⁷⁴ do

¹⁰⁷³ Tal como acontece no âmbito do contrato a favor de terceiro (GALVÃO TELLES, *ibid.*). Já entendia PACCHIONI que a declaração de adesão por parte do beneficiário não é constitutiva do seu direito – que existe independentemente desse ato, sendo meramente “confirmativa” (*Contratti a favore dei terzi*, p. 197). Também FERREIRA DE ALMEIDA entende que, tal como a aceitação, a adesão tem como característica a conformidade com um certo negócio (*Texto e Enunciado*, II, pp. 798-9). Discutindo a natureza jurídica da adesão do terceiro-beneficiário (tese do poder jurídico, faculdade, direito facultativo, direito subjetivo em sentido estrito e direito potestativo), CARIOTA FERRARA, “Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi”, pp. 353 e ss.

¹⁰⁷⁴ Atribuindo como efeito jurídico a caducidade do direito de revogação, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 49. Esta parece ser, no meu entendimento, a interpretação correta a dar ao artigo 448.º do CC quando acareado com o artigo 461.º do CC. É verdade que, naquele artigo, a lei não é clara ao referir que no contrato a favor de terceiro que a adesão provoca a caducidade

direito de revogação do lado do promissário contando que, se a promessa foi feita no interesse de ambos os contratantes¹⁰⁷⁵, também se torna necessário consentimento do promitente (artigo 448.º/2 do CC), e sem prejuízo do direito se manter na sua esfera quando se tratar de uma promessa a ser cumprida depois da sua morte, independentemente da sua adesão (artigo 448.º/1, segunda parte, do CC)¹⁰⁷⁶. No contrato a favor de terceiro, o que está em causa é a revogação de uma promessa unilateral feita de uma forma estruturalmente triangular. Não sendo um *tipo* negocial, os fundamentos são – consequente e logicamente – diferentes¹⁰⁷⁷. A posição do beneficiário de um contrato a favor de terceiro está manietada pela normatividade contratual externa: por isso é que o promitente pode opor todos os meios de defesa típicos dos negócios plurilaterais tais como, *inter alia*, a exceção de não cumprimento ou alteração das circunstâncias¹⁰⁷⁸. Na promessa pública, a atribuição do direito é *direta*, o que evidencia um regime jurídico próprio e adequado à estrutura unilateral. O ato de adesão não deve ser entendido como o efeito perlocutório da declaração promissória pública: o efeito que se pretende é a atribuição do direito à prestação – ou seja, a determinação do credor – e não, propriamente, a aquiescência, por parte deste, no que respeita à consolidação última do vínculo. Sem a determinação do credor o elo não está completo de um

do direito de revogação, mas é legítimo aferir este efeito por força de uma interpretação *a contrario* do seu primeiro parágrafo: “a promessa é *irrevogável* enquanto o terceiro não manifestar a sua adesão”. Já no que diz respeito à promessa pública, a ineficácia está expressamente identificada na lei como o efeito jurídico previsto. Confirmando o argumento a favor da irrevogabilidade da promessa a favor de terceiro, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 430.

¹⁰⁷⁵ Ou “outorgantes”, termo usado pela lei no artigo 448.º/2 do CC. Já a utilização do vocábulo “contraentes” pode induzir em erro porquanto contraente encontra-se intimamente ligado à ideia de *contrair uma obrigação* e não *parte de um contrato*.

¹⁰⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 581; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 260. No panorama do direito comparado, nem todos os regimes jurídicos compreendem a mesma regra, mas é transversal a atribuição do direito à revogação – *vide*, por todos, VERHAGEN, *in* AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, pp. 151-2.

¹⁰⁷⁷ Quanto aos fundamentos do contrato a favor de terceiro, PACCHIONI, *Contratti a favore dei terzi*, pp. 208-9.

¹⁰⁷⁸ Cfr. VAZ SERRA, “Contrato a favor de terceiro”, pp. 141 e ss.; LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, pp. 154 e ss.

ponto de vista subjetivo; sem a determinação, e sem fixação de prazo, a promessa é livremente revogável; sem a determinabilidade absoluta, o negócio é nulo. A adesão apenas confirma um vínculo eficazmente estabelecido, fechando o processo de aperfeiçoamento da situação jurídica obrigacional.

Nem sempre a aquisição de um direito de crédito é considerada vantajosa¹⁰⁷⁹. A ideia de beneficiário é, por natureza, enganadora: ela significa simplesmente “aquele que adquire o direito à prestação prometida”. Independentemente desta vantagem subjetiva ou objetiva, de acordo com o princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia no que toca a criações, modificações ou extinções de situações jurídicas obrigacionais, é *sempre* dado ao beneficiário – potencial ou efetivo – a possibilidade de *recusar* a promessa. A recusa assume a natureza de *ato renunciativo* (renúncia ao direito à prestação atribuído pela declaração promissória pública)¹⁰⁸⁰. Se este for qualificado como beneficiário efetivo significa então que a segunda fase está a decorrer pelo que a recusa poderá ser feita em qualquer momento – por exemplo, aquando da tentativa de praticar o ato prometido por parte do promitente – contando, porém, que a adesão tenha o ocorrido. E tal como o ato unilateral reativamente positivo, a recusa também pode ser feita no momento da verificação da condição de determinabilidade ou mesmo durante a primeira fase: nesta última situação, o recusante nunca chegará a adquirir o direito à prestação ainda que o regime de atribuição desse direito siga a regra supletiva do artigo 459.º/2 do CC. A recusa pode ser igualmente expressa ou tácita, mas nunca silenciosa. Os seus efeitos são essencialmente dois: a preclusão da possibilidade de adesão e a destruição *ex tunc*

¹⁰⁷⁹ Contra, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 422. O beneficiário pode não querer receber a prestação pelos mais variados motivos – ex.: não quer a entrega de um automóvel a gasolina porque não conduz ou porque a carga fiscal não é compensatória tendo em conta a sua situação financeira, ou simplesmente porque é um objetor de consciência quanto à utilização de meios de transporte movidos a combustíveis fósseis.

¹⁰⁸⁰ Do mesmo modo, para o contrato a favor de terceiro, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 422.

da situação jurídica obrigacional constituída¹⁰⁸¹. Na medida em que os efeitos produzidos pela declaração de recusa se reproduzem na esfera jurídica do promitente independentemente da sua vontade, este direito tem natureza potestativa¹⁰⁸². Não deixa, contudo, de ser uma relação de direito potestativo e sujeição jurídica *sui generis*: sempre que a declaração promissória permita a atribuição do direito à prestação a mais do que uma pessoa jurídica, constituir-se-ão tantos elos obrigacionais quantas as pessoas determinadas, todas eles baseados numa só promessa à qual o promitente se encontra *a priori* vinculado. Por conseguinte, a recusa não tem apenas como efeito a extinção do direito à prestação¹⁰⁸³, mas também todo o elo obrigacional estabelecido entre promitente e beneficiário aquando da segunda fase de aperfeiçoamento da relação obrigacional. O vínculo genético manter-se-á, porém, inalterado perante terceiros – determinados ou por determinar – até ser revogado (ou *rescindido*) pelo promitente ou passar o prazo de cessação de efeitos por este fixado. Nestes casos, não há extinção da obrigação constituída na primeira fase, mas extinção do elo específico com uma pessoa que já adquiriu a qualidade de beneficiário. Por isso, a retroatividade aqui referenciada apenas afeta a segunda fase e nunca a primeira, com exceção das promessas públicas que visem encontrar um único sujeito ativo, e bem assim, que manifestem a cessação dos seus efeitos assim que a determinação for feita.

Os efeitos jurídicos decorrentes da segunda fase diferem daqueles que resultam da plena consolidação da relação obrigacional dada pelo ato de adesão. A segunda fase tem como consequência a atribuição de um direito à prestação. Isto significa que, sempre que seja suscetível de avaliação pecuniária¹⁰⁸⁴, dá-se

¹⁰⁸¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 802, em especial, nota de rodapé 135. Para o contrato a favor de terceiro, LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, p. 124; GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 172.

¹⁰⁸² Acompanhando, FERREIRA DE ALMEIDA, *ibid.*

¹⁰⁸³ Como parece apontar MENEZES CORDEIRO quanto à *rejeição* do beneficiário de um contrato a favor de terceiro (*Tratado*, VII, p. 580).

¹⁰⁸⁴ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 105.

automaticamente um incremento patrimonial no acervo de direitos do lado do beneficiário, independentemente do resultado da sua reação¹⁰⁸⁵. É exatamente por este motivo que se faz referência ao ato de aderir em detrimento da aceitação que é típica nos casos de proposta contratual¹⁰⁸⁶. Se há incremento patrimonial ainda na segunda fase, cumpre saber se os credores do beneficiário podem fazer uso deste incremento para prossecução dos seus interesses creditícios nos termos previstos pela garantia geral das obrigações. Assumindo que os demais pressupostos se encontram verificados, a fragilidade que ainda se encontra a relação obrigacional na segunda fase, não corresponde a um interesse legalmente tutelado para originar a ação sub-rogatória indireta (artigos 606.º e ss. do CC)¹⁰⁸⁷. Em primeiro lugar, não há ainda um direito de conteúdo patrimonial que pode ser efetivamente exercido pois o direito potestativo de recusa comprime essa possibilidade. Em segundo lugar, é um direito que só o próprio titular o pode exercer, contrariando o disposto no artigo 606.º/1 do CC. Todavia, tendo em consideração que tal ato de recusa tem a natureza de renúncia a um direito à prestação, já poderá ser atacado pelos credores do recusante nos termos da impugnação pauliana (artigos 610.º e

¹⁰⁸⁵ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 161.

¹⁰⁸⁶ No panorama do contrato a favor de terceiro, identificam-se duas teses contrárias no que toca à aquisição do direito à prestação. Por um lado, a teoria da confirmação, ou teoria da aquisição automática – acolhida primeiramente em França através de uma decisão em 1888 proferida pelo *Cour de cassation* (cfr. LARROUMET, D. MONDOLONI, *Stipulation pour autrui*, n.º 8 e 25) e seguida pelo ordenamento jurídico alemão, italiano, português e inglês [quanto a este último, vide *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*] – prevê um incremento patrimonial direto na esfera jurídica do beneficiário que resulta da simples eficácia contratual entre promitente e promissário. Por outro lado, outros ordenamentos jurídicos receberam a tese da aceitação do benefício – o direito a prestação só se constitui na esfera do terceiro após aceitação (e não adesão). Acolhendo esta tese destacam-se os ordenamentos jurídicos holandeses (cfr. artigo 6:253 do BW, de 1992) e sul-africano (aqui, a natureza é mesmo da aceitação de uma *offer* feita ao beneficiário que, após aceitação, torna o contrato trilateral). Para uma análise sobre a relevância dogmática destas duas teses, VERHAGEN, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, p. 150.

¹⁰⁸⁷ Os pressupostos da ação sub-rogatória indireta são quatro: omissão por parte do devedor (*hic*: beneficiário da promessa) de exercer os seus direitos; conteúdo patrimonial do direito; não atribuição ao seu titular do seu exercício exclusivo, pela sua própria natureza ou por disposição legal; essencialidade do uso desta figura como único meio de satisfação do interesse do credor (MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II, p. 301; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 853-4).

ss. do CC) porquanto é um ato que envolve a diminuição da garantia patrimonial do beneficiário¹⁰⁸⁸.

2.2.9. CONCURSO PÚBLICO

O concurso público, regulado pelo artigo 463.º do CC corresponde a um tipo especial ou modalidade de promessa pública¹⁰⁸⁹. As características particulares do concurso público são fundamentalmente três – dois elementos objetivos e um subjetivo: processo de admissão, processo de decisão e relevância do elemento intencionalidade (v). Seguindo o modelo germânico¹⁰⁹⁰, dita o número um do referido preceito que “a oferta da prestação como prémio de um concurso só é válida quando se fixar no anúncio público o prazo para apresentação dos concorrentes”.

Neste sentido, sempre o promitente público quiser atribuir um prémio através de um concurso, ele tem de estabelecer um prazo para apresentação dos candidatos. A função económico-social de liberalidade não é exigível para que se verifique a fatispécie da norma, nem tão-pouco é exigível fazer uso do concurso público quando se pretenda unicamente premiar alguém pela prática de um facto ou pela verificação de uma determinada situação. A (pouco feliz) expressão “oferta de prestação” não deve ser entendida como uma pura liberalidade. Para além disso, é preciso que esse prémio seja atribuído como resultado de um *concurso*,

¹⁰⁸⁸ Neste sentido também, mas em relação ao contrato a favor de terceiro, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, p. 422.

¹⁰⁸⁹ Considerando uma modalidade, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 697; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 273. Duplamente errada está a Relação de Lisboa quando concebe um concurso televisivo – no caso concreto, o concurso “Quem quer ser milionário?” – como um “contrato misto de concurso público e de promessa pública” [(TRL, de 08-07-2004, fls. 317 a 361, *apud* STJ, proc. n.º 08A1471, de 10-07-2008 (GARCIA CALEJO)]. A doutrina e a jurisprudência costumam adjetivar a promessa pública de “simples” quando distinguida do concurso público (veja-se o acórdão citado; na doutrina, por exemplo, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 182).

¹⁰⁹⁰ Cfr. §661/3 do BGB; FRIEDERICI, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, p. 1444.

independentemente da sua natureza¹⁰⁹¹. Prevê-se – isso sim – uma concorrência direta entre potenciais beneficiários pré-determinados.

A declaração promissória pública seguirá o regime de publicitação que foi anteriormente analisado. Mas a exigência legal quanto à fixação de um prazo tem três funções específicas. A primeira corresponde ao *terminus* da fase seletiva. Esta fase preliminar restringe o conjunto de potenciais beneficiários, pré-identificando-os de acordo com a manifestação de (v), isto é, com a apresentação das candidaturas: não há, ainda, qualquer atribuição do direito à prestação. A segunda função é a de provocar o momento a partir do qual a promessa se torna irrevogável; a rescisão só poderá ocorrer por justa causa (461.º/1 do CC)¹⁰⁹². A terceira e última é impedir que o promitente possa adiar indiscriminadamente a sua prestação sob o pretexto de espera por mais concorrentes¹⁰⁹³. A falta de fixação de prazo decreta a invalidade do negócio.

A declaração também pode designar um júri responsável para decisão da admissão dos concorrentes ou da concessão do prémio; mas, na falta de designação – ou na não anuência dos designados quanto às funções atribuídas – estes poderes são exclusivos do promitente (artigo 463.º/2 do CC). Vê-se assim frustrada a proposta de VAZ SERRA, nos termos da qual seria preferível que, nos casos em que os membros designados do júri não pudessem ou não quisessem prosseguir tais funções, os mesmos fossem designados pelo tribunal, porquanto se o promitente optou por designá-los então mostrou não poder ou não querer decidir. E ainda acrescenta que a substituição do júri não deva ser feita pelo promitente que,

¹⁰⁹¹ Se o concurso tiver características de jogo de fortuna ou azar ou outras formas de jogo a que alude o artigo 1245.º do CC – aplicável, *mutatis mutandis* aos negócios unilaterais promissórios – a promessa pública é nula dando lugar apenas a obrigações naturais. Excetuam-se as competições desportivas (artigo 1246.º do CC) e outros casos legalmente previstos (por exemplo, DL 422/89, de 2 de dezembro) que cujo regime jurídico deve ser aplicado em conjunto com os artigos 459.º e ss. do CC (neste sentido, *vide* último caso citado do STJ).

¹⁰⁹² Assim também indica o §658/2, segunda parte, do BGB; aplicado também ao concurso público (*Preisausschreiben*) – SEILER, in AvVv, *Münchener Kommentar*, IV, p. 1760.).

¹⁰⁹³ VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 318-9; GALVÃO TELLES *Obrigações*, pp. 182-3; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 471; PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 444; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 698.

segundo o jurista, poderá favorecer algum candidato¹⁰⁹⁴. Estas posições *de jure condendo* são compreensíveis, porém rejeitáveis. No que diz respeito ao primeiro tópico, não deixa de ser verdade que se foi o promitente quem designou primeiramente o júri não se vê por que motivo esse poder lhe seria retirado sempre que o júri não quisesse ou não pudesse aceitar a tarefa. Mas já acompanho VAZ SERRA nas situações em que o promitente *quer* designar, mas não consegue porque, por exemplo, não tem conhecimentos técnicos para saber quem pode ou deve assumir a qualidade de jurado. Aqui o tribunal assumirá esse papel. Quanto ao segundo ponto, também não é de se acolher por dois argumentos: (i) porque a lei permite que seja o próprio promitente a decidir sobre a admissão dos candidatos ou sobre a concessão do prémio aos vencedores; (ii) porque sendo um concurso aberto ao público ele pautar-se-á por critérios de igualdade, proporcionalidade, idoneidade e imparcialidade¹⁰⁹⁵. Fora destes princípios, a decisão do júri é judicialmente insindicável, salvo indicação em contrário¹⁰⁹⁶. Sem prejuízo, o concurso pode ser *sempre* anulado por erro, dolo, coação ou outra causa, nos termos gerais¹⁰⁹⁷.

Para terminar, a propósito do tema “prémio”, um pequeno excursus que merece destaque. Na Alemanha, influenciados pelo §5 da Lei de Defesa ao Consumidor austríaca (*Konsumentenschutzgesetz*) de 19 de agosto de 1999, discutiu-se durante algum tempo o problema dos anúncios públicos feitos aos consumidores, essencialmente por via informática – que, aliás, são bastantes comuns em Portugal –, que se caracterizam por uma aparência de atribuição de um prémio (seleção aleatória do beneficiário), mas na verdade demonstram ser meios encapuçados de *phishing* ou apenas publicidade enganosa nos termos da qual, a

¹⁰⁹⁴ Ambas as posições in “Promessa pública”, p. 320.

¹⁰⁹⁵ Segundo MENEZES CORDEIRO, “deve haver respeito pelos concorrentes devendo o concurso decorrer nos limites dos bons costumes e da ordem pública” (*Tratado*, VII, p. 698).

¹⁰⁹⁶ STJ, proc. 06A1509 n.º, de 20-06-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS).

¹⁰⁹⁷ VAZ SERRA, “Promessa pública”, pp. 321-2; discussão da problemática da anulação por erro com confronto entre duas decisões contraditórias em MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 698.

final, o destinatário da promessa ou aparente beneficiário efetivo não recebe qualquer prêmio. Como resultado desta discussão, em 2007 foi acrescentado o §661a ao BGB que contempla a seguinte regra: o empreendedor (*Unternehmen*) que prometa publicamente atribuir prêmios ou promova anúncios equivalentes perante os consumidores, criando a impressão – com base no conteúdo da declaração – que o consumidor ganhou um prêmio, deve entregar esse mesmo prêmio¹⁰⁹⁸.

3. OUTRAS FONTES; REMISSÃO

Sem prejuízo da abertura à promessa unilateral sob a égide da estrutura conferida pela *stipulatio alteri*, bem como das conclusões que se retiraram sobre a promessa de cumprimento, a promessa pública (e a sua modalidade, o concurso público) apresenta-se como o único negócio unilateral constitutivo de obrigações expressamente admitido pelo direito civil, em especial, pelo CC. Fora deste âmbito, verificam-se outras promessas expressamente admitidas por lei, como é o caso de certos negócios cartulares e cambiários (por ex.: livrança ou o aval). No entanto, é igualmente visível a admissibilidade de promessas unilaterais, provenientes de fontes diversas que aparentam contrariar o artigo 457.º do CC. Especialmente no âmbito do direito comercial multiplicam-se negócios unilaterais com função de garantia e de cobertura de risco cuja prática (comercial) tem vindo

¹⁰⁹⁸ Cfr. MÖRS DORF, SCHULTE, in PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*, pp. 1445-6. A epígrafe do §661a do BGB (*Gewinnzusagen*) pode ser traduzida por “promessa de ganhos”, “promessa de “lucro” ou, mais adequadamente, “promessa de prêmio” – esta última corresponde à tradução oficial para inglês – *promises of prizes* (cfr. versão do BGB disponível no sítio de Internet do *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*). Curiosamente, entre nós, GALVÃO TELLES identifica a *promessa de prêmio* como sinónimo de concurso público (*Obrigações*, p. 182). Não se confunda, porém, esta denominação com a situação prevista no §661a do BGB. Neste não há qualquer *concurso* entre beneficiários potenciais, é meramente aleatório (ou quase-aleatório porquanto muitas das vezes é o simples *clicar* num anúncio publicitário ou a mera *abertura* de uma página de Internet que faz espoletar a aparência de premiação). Já naquele, o concurso implica um confronto, direto ou indireto sob a égide de uma concorrência *sempre* direta, dos potenciais beneficiários.

a admitir a sua estrutura formativo-discursiva unilateral (por ex.: a carta-conforto forte, o crédito documentário, a garantia autónoma unilateral, a fiança unilateral).

Por motivos de restrições de caracteres, estes casos e outras situações negociais unilaterais que, (quanto a estas) não tendo carácter de promessas são relevantes para o problema que proponho resolver, serão abreviadamente tratados no Capítulo IV, em especial no ponto 2.2.

CAPÍTULO IV

PROMESSA UNILATERAL E AUTONOMIA PRIVADA

*“der Mensch kann tun was er will;
er kann aber nicht wollen was er will”¹⁰⁹⁹*
SCHOPENHAUER, 1962

1. PROMESSA UNILATERAL E SOCIEDADE: UMA INEVITABILIDADE HUMANA NUM SISTEMA DESCRENTE

A História da promessa – *rectius*: das ideias promissórias – que foi apresentada no Capítulo I assenta e confirma fortes convicções que alguém possa ter quanto ao papel fundamental da figura como partícula atômica auto-vinculante, independentemente da ordem normativa a que diz respeito e da sua estrutura formativo-discursiva. A associação entre o ser humano e a promessa – ainda que puramente interna – é tão forte quanto indissociável é a sociedade de uma determinada moralidade básica. É irrefutável que a inexistência ou a ineficácia deste conceito, vista na base obrigacional do *promise-keeping* – na ideia de que a *palavra dada* deve ser mantida – destronaria todas as relações humanas, desde as pequeníssimas matérias do quotidiano – insignificantes para a ordem jurídica – até às mais complexas relações obrigacionais. Para além disso, afetaria as pessoas coletivas (incluindo Estados e outras pessoas de direito público nacional ou internacional) porque – através dos seus representantes – também elas *prometem*. Como HART refere, a promessa faz parte do “conteúdo mínimo do direito natural” e das “regras de conduta que qualquer sociedade organizada deve conter para que (a mesma) seja viável”¹¹⁰⁰. Acresce que até a ordem religiosa seria afetada pela ausência promissória pois, como vimos, as relações entre o ser humano e o divino foram sempre embaladas em relações promissórias. Com pequeníssimas exceções

¹⁰⁹⁹ “O Homem pode fazer aquilo que quer; mas não pode fazer aquilo que quer”.

¹¹⁰⁰ HART, *The Concept of Law*, p. 188.

visíveis em algumas sociedades tribais¹¹⁰¹, a universalidade da promessa como modelo de vinculação unilateral é notória e arcaica. Ela é, na verdade, mais antiga do que o próprio sistema jurídico pois nasce da já mencionada consciência normativa social.

Por isso é que o Direito, em especial o direito civil, cujo objeto e propósito se resume à pacificação do caos hobbesiano através de uma normatização das relações entre os indivíduos¹¹⁰² – e, em última análise, as suas criações jurídicas subjetivas abstratas – teve necessidade de adotar a noção de promessa desde início, no quadro do seu sistema, acolhendo todas as suas implicações normativas. Esta inclusão nem sempre foi fácil. Aceitar a promessa como fonte de obrigações na sua forma mais *pura*, isto é, sem necessidade de aceitação para que os seus efeitos jurídico-obrigacionais se produzam na esfera do promissário, foi uma ideia que desde o começo, os juristas tiveram alguma cautela em aceitar por força do clássico princípio *invito beneficium non datur*.

Esse receio foi no início apaziguado por um formalismo ritualístico onde pela primeira vez, ainda que meramente ficcional, o *consensus* se manifestou. No *ius romanum*, a *promissio* surgiu sob a égide da *stipulatio*, que, mais do propriamente um negócio dialogante, era um negócio nos termos do qual a *palavra* adquiria um significado mágico. A função metafísica da palavra na *stipulatio* apresentava-se como resultado da absorção do sistema jurídico da ideia humano-

¹¹⁰¹ Como pretendem demonstrar KORN e KORN quanto à sociedade do *Reino de Tonga*, e SLACKMAN, a propósito da sociedade iraniana, a promessa não está universalmente enraizada em todos os povos, nem tão-pouco faz parte da natureza humana (cfr. KORN, KORN, “Where People Don’t Promise”, pp. 450 e ss.; SLACKMAN, “The Fine Art of Hiding What You Mean to Say”, p. 5). Criticando, SHIFFRIN, “The divergence of Contract and Promise” p. 714, nota de rodapé 8. A matriz da questão prende-se essencialmente com o facto de não se estabelecer uma distinção entre os padrões *ético-morais* destas sociedades e o valor que a palavra tem no âmbito de tais padrões. Nestas sociedades não existe sequer consciência do que é estar-se vinculado à prática de um ato. A palavra dada não tem qualquer significado normativo.

¹¹⁰² ORLANDO DE CARVALHO, a propósito da sua *teoria da pessoa humana*, escreve: “a Pessoa, se é o pressuposto do Direito Civil, porque pressuposto do poder da autodeterminação, que é o fundamento da composição espontânea de interesses ou autocomposição de conflitos, instrumento básico da regulamentação civilística ou dos homens comuns em comum, não prescinde da regulamentação *ius imperii*.” (*Teoria Geral*, p. 261).

social de *promissio*. O seu estado mais puro era admissível em quatro situações, três das quais a ordem jurídica entendia não ser possível a manifestação da aquiescência do lado do beneficiário: (i) nos *vota* (divindade); (ii) na *pollicitatio* (*polis*, cidade); (iii) na *promissio iurata liberti* (*servi*, escravo); a última, onde era possível, mas não exigível – (iv) a *dotis dictio*. Na medida em que o conceito de *contractus* não significava acordo bilateral, mas a ideia de *se contrair uma obrigação*, as fontes romanas nos seus diversos modelos sujeitos a *numerus clausus* previam igualmente outras figuras auto-vinculantes tais como alguns *contractus litteris*.

Após esta entrada para o berço do direito europeu, a promessa jamais saiu do sistema, pese embora múltiplas tentativas de a desconsiderar em função de uma pretensa reconceptualização.

No direito intermédio a promessa (unilateral) surgiu como justificação de discussão teórica em torno do problema da *causa* e da validade dos *pacta nuda*, discussão essa que se mantém até aos dias de hoje¹¹⁰³. Mas a sua intrínseca relação com o ser humano, a sua inata e transversal aplicação na auto-determinação dos sujeitos, fez com que se comesçasse a admitir a possibilidade jurídica da vinculação unilateral na esteira do legado do direito romano¹¹⁰⁴. Esta tese permaneceu sólida no período intermédio por meio da escolástica salamanquina fortemente suportada pelos canonistas, culminando com a publicação no Reino de *Castilla-León* da *ley “Paresciendo”* do *Ordenamiento de Alcalá*, que previa a admissibilidade de promessas unilaterais válidas e eficazes no quadro da *stipulatio alteri*, independentemente do real interesse do estipulante.

Esta influência doutrinária foi contaminando o direito insular britânico que numa primeira fase recebeu com agrado o conceito de *promise*. As diversas *forms of action* e o direito mercantil demonstram, sem sinal de dúvidas, que havia feudos

¹¹⁰³ Veja-se, por exemplo, a posição de PAIS DE VASCONCELOS quanto à interpretação que propõe do artigo 457.º do CC – cfr. *supra*, III, 1.1.

¹¹⁰⁴ Entenda-se, “sem necessidade de aceitação”.

e tribunais que reconheciam a validade e eficácia jurídica de promessas unilaterais – *bare promises* – porquanto a *honor* e o *promise-keeping* se mantinham firmes na sociedade, a qual o Direito sentiu necessidade de “governar”. Mas o advento da separação entre o então emergente sistema unificador de raízes laicas (*common law*) e o direito secular espoletou desconforto quanto à manutenção daquele sistema baseado na permissibilidade da unilateralidade promissória. Com efeito, o direito inglês, ao sentir necessidade de se separar da ordem eclesiástica provocou um corte profundo e irreparável na ideia de vinculação unilateral tal como era defendida pelos canonistas. A *queda* da promessa unilateral no direito inglês, nasce – na verdade – de um repúdio dogmático que é bem sintomático nas revoluções de paradigma. Na medida em que está de tal forma enraizada no sistema jurídico, a *promise* foi inserida na auto-proclamada *theory of contract*, amparada por uma efervescente *doctrine of consideration* que, na esteira da discussão dos *pacta nuda*, rejeitava qualquer vinculação unilateral *sine causa*. Muitas vezes, essa *causa/consideration* era constituída apenas pela aquiescência do beneficiário, ainda que tácita ou silenciosa, perante a execução do ato prometido. Já o direito escocês, bebendo da doutrina eclesiástica, *manteve* no ordenamento jurídico a promessa unilateral como fonte autónoma de obrigações, legado deixado por STAIR que ainda hoje perdura.

A pouco a pouco, a descrença na promessa unilateral foi ganhando fôlego no direito continental europeu, muito por culpa da última escola de jusnaturalistas que, pese embora procurando fazer um *panegírico* à promessa, nem as ideias aristotélico-tomistas de justiça comutativa e de gratuidade foram bastantes para impedir a construção de uma teoria da promessa assente na ideia de aceitação. A transferência da parcela de liberalidade é contaminada pela aposição de uma condição de aceitabilidade, condição essa que veio ainda mais a ser reforçada pelo pensamento liberal e utilitarista, pois não deixa de ser verdade que, se o ser humano é livre de se auto-vincular, também a mesma liberdade deverá manter-se quanto à não-intromissão de terceiros na sua esfera jurídica. Este foi o mote para a

descaracterização da promessa unilateral como a verdadeira partícula atômica das fontes obrigacionais, em detrimento da adoção – através da escola alemã da *Pandectas* – do princípio do contrato nos ordenamentos jurídicos de *civil law*. Nem SIEGEL nem VON KÜBEL, nem tão pouco WORMS, foram capazes de contrariar o *Vertragsprinzip* e todas as suas implicações, tais como, para alguns ordenamentos jurídicos, a sujeição da promessa unilateral a um princípio da tipicidade¹¹⁰⁵.

Tal sujeição, ou seja, o não repúdio absoluto da promessa unilateral como fonte obrigacional, é indicativo de que é impossível conceber um ordenamento jurídico eficaz sem o recurso a certos *tipos abertos* ou casos-exceção baseados na unilateralidade negocial. Isso sucede tanto no direito civil como no direito comercial porquanto como se observou, é possível conceber figuras jurídicas com múltiplas funções económico-sociais relativamente às quais o sistema jurídico considera como válidas e eficazes.

Verifica-se uma apaziguada relutância num sistema fechado e descrente.

2. REVISITANDO O PROBLEMA DA TIPICIDADE

2.1. IDENTIFICAÇÃO DE ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE UM REGIME-EXCEÇÃO

A visão do contrato como arquétipo das fontes obrigacionais voluntárias, apoiado pela velha *stipulatio* e suportado pelo dogma do *consensus*, encaminhou as legislações civis a uma estrutura sistemática fundamentada em modelos teóricos fortemente traçados pelo discurso dialogante. Essas fortes marcas no direito português são visíveis tanto ao nível da teoria geral do negócio jurídico – quando a lei regula a matéria da formação do negócio assimilando o clássico modelo binário de “proposta/aceitação” – como, outrossim, no plano do direito das

¹¹⁰⁵ É curioso assinalar que muitos juristas alemães procuraram desenhar uma teoria da declaração de vontade em torno do conceito de *Versprechen* (promessa) – cfr. DIEDERICHSEN, “Wandlungen der Rechtsgeschäftslehre”, p. 72.

obrigações, compreendendo (apenas) sete artigos sobre negócios unilaterais obrigacionais e bem assim reservando para uma parte especial a exposição de contratos legalmente típicos, optando por não fazer qualquer alusão aos negócios unilaterais “típicos”¹¹⁰⁶.

O problema da vinculação unilateral prende-se em primeira instância com a questão de saber *por que motivo* a promessa obriga e essa é uma questão puramente noética. Ela obriga porque existe *intenção* de ficar vinculado à prática de um ato futuro e incerto; ela obriga porque existe *exteriorização* da vontade auto-vinculativa. Aquela intenção pode ser real ou meramente presuntiva. Isto assim é em termos gerais, termos esses que são acolhidos, readaptados à ordem jurídica e aplicados tanto no que toca às promessas unilaterais como aos negócios plurilaterais obrigacionais porque ambos consagram, na sua função eficiente, a força ilocutória de promessa. E esta vinculará o promitente na medida da proteção do beneficiário (e não para proteger o declarante promissório). Com efeito, a teoria da promessa acima proposta demonstrou que o Direito só procura atribuir relevância jurídica ao problema da sinceridade quando ela afeta – ou pretende afetar – outras pessoas jurídicas que não o promitente, quer pela via da *mentira* – caindo no escopo das matérias da reserva mental ou da inadimplência – quer pela via constitutiva através de um alargamento do acervo jurídico do destinatário por força da atribuição patrimonial. Se é verdade que os *limites* à liberdade negocial da promessa unilateral são os mesmos dos contratos (em geral, e obrigacionais em particular), não deixa de ser menos verdade que a *ratio* subjacente ao pretenso princípio da tipicidade vigente no artigo 457.º do CC se apresenta como um elemento de restrição, em segundo grau, da autonomia negocial quanto à *livre* celebração de promessas unilaterais. A base deste impedimento é a concessão de

¹¹⁰⁶ Em Itália – como na maioria dos ordenamentos jurídicos de influência romano-germânica – sucede algo semelhante na codificação civil. Cfr. FERRI, *Le promesse unilaterali*, pp. 3-5. A razão é simples e uma vez mais, puramente histórica. A *tipicidade* dos contratos foi, desde o direito romano, motivo de elaboração teórica e, consoante os locais e as épocas, de posituação das diversas espécies contratuais.

uma situação jurídica ativa (em especial, um direito de crédito) no destinatário da promessa sem o seu prévio consentimento.

Os argumentos que pretendem explicar o regime-exceção são de variadas índoles, sendo facilmente concebível descortinar uma linha argumentativa genérica e transversal aos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica que adotam o modelo da admissibilidade excecional da promessa unilateral. Identifico seis argumentos.

Em primeiro lugar, e como argumento mais relevante, é comum trazer à colação o clássico princípio geral emergente do brocado latino *invito beneficium non datur*¹¹⁰⁷ que indica que não se deve atribuir um benefício a ninguém contra a sua vontade. A este princípio está subjacente a ideia da intangibilidade da esfera jurídica alheia¹¹⁰⁸, ainda que a atribuição seja presuntivamente favorável. Tal fundamento também se denomina pelo princípio da soberania da esfera jurídica individual e privada¹¹⁰⁹. Nele se insere – não como causa justificativa para o regime-exceção, mas como veículo de suporte do mesmo – o já tão-mencionado *princípio do contrato* e todas as implicações que deste derivam¹¹¹⁰, tal como o estrangulamento que provoca na liberdade negocial permitindo apenas – regra geral – a liberdade contratual (artigo 405.º do CC). Para além disso, também se utiliza um argumento de ponderação de vontades porquanto admitir a promessa unilateral seria colocar a vontade do promitente acima da vontade do beneficiário¹¹¹¹.

O segundo argumento é extraído da análise económica do direito: um regime baseado na unilateralidade promissória seria um regime em que a busca

¹¹⁰⁷ D. 50, 17, 69. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 267; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 4-6; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 462, nota de rodapé 1; FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 772; ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 438. Ver também, MAZZARESE, “*Invito beneficium non datur*, gratuita del titolo e volontà di ricevere l’attribuzione”, pp. 151 e ss., em especial, pp. 181 e ss.

¹¹⁰⁸ CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 30-3.

¹¹⁰⁹ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 72.

¹¹¹⁰ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 437.

¹¹¹¹ Ver descrição em FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 773.

pelo “ótimo de PARETO” mostrar-se-ia um objetivo mais difícil de se alcançar, pois a irrelevância de aceitação do beneficiário no que toca à eficácia da atribuição patrimonial resultaria numa deficiente alocação de recursos e efetivação de interesses¹¹¹².

O terceiro argumento prende-se com a irrazoabilidade em se manter alguém irrevogavelmente obrigado com base numa simples declaração unilateral¹¹¹³.

O quarto argumento funda-se em ideologias profundamente vincadas pelas teses causalistas, segundo as quais admitir a promessa unilateral como fonte obrigacional poderia resultar numa certa ambiguidade causal o que seria profundamente contraditório com um sistema anti-abstrato¹¹¹⁴.

Em quinto lugar, há ainda quem pegue nos fundamentos do regime da tipicidade dos direitos reais e procure um lugar paralelo quanto à tipicidade da promessa unilateral, nos termos dos quais admiti-la, indiscriminadamente, resultaria na permissão de constituição de vínculos com conteúdo injusto ou inadequado do ponto de vista económico-social ou vinculações “ocultas” perigosas para a segurança jurídica¹¹¹⁵. A este propósito, também é referida a ligeireza ou insegurança por parte do promitente e/ou do promissário no que toca aos efeitos decorrentes de uma promessa unilateral, e as dificuldades de prova e de interpretação deste negócio¹¹¹⁶.

Ao sexto e último argumento denomino por “argumento paternalista”: através da *liberalização* (admissibilidade) da promessa unilateral como fonte autónoma de obrigações, poder-se-ia cair num regime de assunções *ad nutum*¹¹¹⁷.

¹¹¹² Vide MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 7-10.

¹¹¹³ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 440.

¹¹¹⁴ Ver CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 33-5.

¹¹¹⁵ Este argumento é descrito e criticado por PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*, p. 451, nota 490, que recolhe as justificações quanto à tipicidade dos direitos reais apontadas por OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, pp. 78 e ss.

¹¹¹⁶ ALMEIDA COSTA, *idem*; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, pp. 449; FERRI, “Autonomia privata e promessa unilaterali”, p. 483.

¹¹¹⁷ ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 462. Enunciando o argumento, pese embora tecendo críticas, MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I, p. 267; e MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 682.

É observável que nem todas estas seis justificações se referem a assuntos não coincidentes. Algumas justificam, complementam ou sobrepõe-se a outras, mas nunca se posicionam em sentido antagónico. E é exatamente com este pano de fundo que me debruçarei sobre cada uma delas no ponto seguinte.

2.2. DESCONSTRUÇÃO CRÍTICA

A promessa unilateral provoca *ruído* sistémico. Não me refiro ao ruído luhmanniano¹¹¹⁸, mas à ideia generalizada de que esta estrutura negocial representa um elemento patológico no quadro das relações jurídico-privadas. O desconforto é produzido sobre uma linha de forças antagónicas que, nos termos da lei (e do Direito em geral), se querem equilibradas numa espécie de *balance of power* e, consequentemente, estão sujeitas a proteção. Por um lado, o respeito pela autonomia da vontade do promitente em face do seu poder auto-determinativo e – na base do seu interesse – do poder auto-regulatório. Por outro lado, a consagração da autonomia da vontade do lado do promissário também com fundamento nesses poderes – em especial, de forma negativa – no sentido de impedir qualquer tipo de ingerência alheia na sua esfera jurídica sem o seu consentimento. A tensão entre estas vontades subjetivas – que podem ser antagónicas, caso o beneficiário não queira efetivamente adquirir o direito – é atribuída pelo princípio da autonomia privada que se manifesta no ordenamento jurídico como um verdadeiro axioma¹¹¹⁹. A ideia fundamental que foi contaminada na tradição romano-germânica pelas teses voluntaristas e liberais é a de que no quadro privado tudo é permitido a não ser que a lei, em sentido amplo, o impeça¹¹²⁰. As palavras de MENEZES CORDEIRO

¹¹¹⁸ Este “ruído” surge na ideia de que o Direito é um sistema operacionalmente fechado. Cfr. LUHMANN, “The Unity of the Legal System”; também, *Social Systems*.

¹¹¹⁹ STAAKE, “Autonomy – A Legal Axiom”, pp. 1-4.

¹¹²⁰ Vide, exemplificativamente, GODOY, *La declaración unilateral de voluntad*, p. 18. Para um estudo sobre as influências do liberalismo no plano jurídico em Portugal, vide, por todos, REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*.

são bem precisas quanto a este aspeto; segundo o autor, a autonomia privada corresponde a um “espaço de liberdade jurígena atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”¹¹²¹. O problema surge quando essa mesma permissão genérica é tangencial ou mesmo intromissiva de outro sujeito, também ele, *livre e autónomo*. E é exatamente sobre este ponto que a temática do negócio jurídico unilateral obrigacional se enquadra, porquanto a vontade¹¹²² autónoma¹¹²³ e livre – que é, por sua vez, uma manifestação da autonomia privada de raízes puramente moralistas e kantianas¹¹²⁴ – tem como pressuposto apriorístico a vinculação (unilateral)

¹¹²¹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, p. 952.

¹¹²² O conceito de “vontade” é ambíguo e profundamente caro na teoria do negócio jurídico. Sem querer entrar em discussões, clarifico que durante esta ponto usarei o termo “vontade” para descrever intenções manifestadas em declarações negociais ou as próprias declarações negociais que não constituem verdadeiras declarações de vontade. “Autonomia da vontade” é uma expressão de pendor mais filosófico do que propriamente jurídico. Quanto às críticas da vontade na teoria do negócio jurídico perfilho sem qualquer objeção das conclusões tiradas por FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 80 e ss. e 114 e ss.

¹¹²³ “Autonomia” é, a par da *voluntas*, um conceito juridicamente caro e complexo: comporta uma multiplicidade de significados. No direito atual, está associado ao princípio de “autonomia privada”, mas também se relaciona com as diferentes catalogações atribuídas pelos juristas a certas áreas do direito, tal como saber se o direito do trabalho ou o direito do consumo comportam ou não *autonomia dogmático-funcional* face ao direito civil e quais as consequências jurídicas a retirar desse facto (*vide*, por todos, a tese de PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*; MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, pp. 19-21). Registe-se que antes de se reportar às relações ou manifestações de entidades privadas, o termo “autonomia” foi, na sua génese, um conceito utilizado no direito público, em particular, na descrição do poder do Estado soberano em administrar os seus próprios assuntos; neste sentido, DARWALL, *Morality, Authority and Law: Essays in a Second-Personal Ethics*, cap. VII, pp. 114 e ss.; reproduzindo o mesmo capítulo, do mesmo autor, “The Value of Autonomy and Autonomy of the Will”, pp. 263 e ss.

¹¹²⁴ O conceito moderno da autonomia vontade resulta – muito interessantemente – de uma teoria moralista. Sem menosprezar muitos outros autores relevantes é a meu ver através de KANT que a ideia contemporânea de *autonomia da vontade* (*Willensautonomie*) – produto da autonomia privada –, no sentido que aqui nos preocupa, nasce – através da célebre obra *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. A visão kantiana da autonomia da vontade resume-se a uma simples, porém preciosa ideia: a autonomia da vontade é a faculdade – ou a manifestação – de a razão pura poder ser, também ela, uma ideia que se encontra sob a égide de princípios práticos, sendo uma condição necessária da Ética e, amplamente, da própria Moral.

materializada na figura da promessa, conceito indissociável ao ser humano e à sociedade.

Autonomia da vontade, na sua forma mais pura é, parafraseando PUCHTA, a máxima expressão de liberdade¹¹²⁵. A liberdade está, por isso, intrinsecamente ligada à autonomia e, por arrastamento, à “vontade” e ao interesse, comportando tanto um conteúdo positivo como negativo. Na sua vertente positiva, liberdade significa *querer* e *poder* fazer ou desfazer alguma coisa, constituir, alterar ou extinguir um facto humano ou jurídico, incluindo a constituição ou a extinção de direitos e obrigações. Mas na sua formulação negativa, a noção de liberdade tem como pano de fundo, a ideia de não-intervencionismo do Estado quanto à compressão de liberdades individuais, e tem outrossim como corolário a intangibilidade de ingerências externas de pessoas jurídicas privadas, ainda que sejam jurídica e economicamente benéficas. O dogma da vontade nasceu e cresceu precisamente sob a égide desta vertente negativa¹¹²⁶. A função da autonomia da vontade é puramente subjetiva¹¹²⁷; é uma função de proteção psicológica do agente pois permite que os indivíduos possam – dentro de certos limites exógenos – *auto-determinar* o acervo de situações jurídicas ativas e passivas a que estão sujeitos, como também *pré-determinar* o conteúdo e os efeitos de atos jurídicos. Ela é o fundamento psicológico-causalístico da promessa unilateral¹¹²⁸, mas não o fundamento do negócio jurídico (que é a própria declaração promissória¹¹²⁹); a promessa unilateral é, como ficou dito, um ato de linguagem com significado jurídico, de natureza performativa, que tem o vínculo obrigacional como efeito

¹¹²⁵ PUCHTA, *Cursus*, p. 32.

¹¹²⁶ MEIRELES, *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 66.

¹¹²⁷ Não se confunda, nesta sede, “função” com “fundamento”, ou “perspetiva”. Quanto a estes últimos, encontram-se, desde ZITELMANN, em *Irrtum und Rechtsgeschäft*, diversas teses psicológicas, normativas e ecléticas da vontade enquanto elemento do negócio jurídico. Para um resumo, vide FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, pp. 74 e ss.

¹¹²⁸ E, amplamente, do negócio jurídico; neste sentido, KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma*, *passim*.

¹¹²⁹ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 235.

previsto na força ilocutória do seu enunciado¹¹³⁰. Ainda que de um modo presuntivo ou ficcional¹¹³¹, a declaração promissória retrata o poder e a autonomia da vontade (*Willensmacht, Willensautonomie*) ou, para os críticos das teses voluntaristas¹¹³², a auto-regulação de interesses, estando – ou devendo estar – muitas vezes nas “mãos” do promitente, a também ela *livre* opção de escolha entre os dois modelos formativo-discursivos, sempre que não haja constituição de obrigações ou qualquer onerosidade para o destinatário da declaração promissória. Em contrapartida, o mesmo é evidenciado, *mutatis mutandis*, do lado oposto noutros atos unilaterais como a adesão, aceitação, recusa, rejeição, renúncia, etc. Por conseguinte, nos regimes onde vigora a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, o promitente se vincular sem prévio consentimento, a atribuição do direito potestativo de recusa e o poder de adesão do lado do promissário consagra um balanço equitativo e eficaz dos interesses em causa, sejam eles coincidentes, convergentes ou antagónicos. O princípio *invito beneficium non datur* é – passe a tautologia – um *princípio* que emerge da tensão de forças acima definida, tensão essa que deve ser acautelada através da redistribuição por parte do ordenamento jurídico de um direito que impeça, não a atribuição do direito à prestação, mas a exigibilidade da mesma.

Passemos então à análise das situações-modelo analisadas ou enunciadas ao longo da dissertação em busca de justificações de admissibilidade da promessa unilateral que extravasem os clássicos fundamentos do negócio jurídico em geral, pois esses tanto se aplicam aos contratos como aos negócios unilaterais, independentemente da sua eficácia (real, obrigacional, institutiva, etc.).

¹¹³⁰ Cfr. *supra*, II, 2.2; assim também, para o negócio jurídico em geral, FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 235.

¹¹³¹ *Presuntivamente*, pois a declaração promissória nem sempre corresponderá à real intenção do promitente; *ficcionalmente*, na medida em que no caso de pessoas jurídicas não-singulares (coletivas, morais, legais, a depender do conceito adotado), a emissão de uma promessa é meramente ficcional porque é um ato inerente à condição humana.

¹¹³² Como, por exemplo, BETTI, *Teoria generale*, pp. 51 e ss.

Em primeiro lugar, o fundamento de admissibilidade dos casos mais famosos dos direitos antigo e intermédio no que toca às promessas unilaterais é o da impossibilidade prática de se promover, de um ponto de vista subjetivo, a aceitação da *promissio*, porquanto na *pollicitatio* e nos *vota*, tanto a *polis* como a divindade, não conseguem manifestar consentimento. E, durante séculos, a *pollicitatio* e o *votum* foram válidos e eficazes, sem prejuízo de toda a discussão em torno dos *pacta nuda*. Aquele facto não deve, portanto, ser usado como argumento para legitimar um sistema fechado à tese unilateralista, mas precisamente o contrário: o de fazer notar que é perfeitamente *possível* conviver com ela. Não deixo de fazer notar que tal fundamento ainda perdura. Se bem atentarmos ao regime da doação, a doação pura a incapaz é um negócio unilateral de atribuição patrimonial que dispensa aceitação do lado do donatário (artigo 951.º/2 do CC)¹¹³³. A unilateralidade funda-se, por um lado, na incapacidade de o donatário exercer de forma livre e esclarecida os seus direitos, assumir compromissos e administrar o seu património. Isto inclui naturalmente o exercício do direito à aceitação da proposta de doação. Por outro lado, a unilateralidade justifica-se através da forte ligação entre o doador e o donatário que expurga o instituto da representação legal para efeitos de aceitação em nome e por conta do incapaz. Verificados os demais requisitos, nomeadamente de forma, a atribuição patrimonial, tenha efeitos reais ou obrigacionais, é imediatamente eficaz por força da declaração unilateral do doador. A opção do legislador português pela doação pura é mais um exemplo de exceção ao princípio do contrato contrariando a máxima *invito beneficium non datur*, pelo que o ordenamento jurídico entende que as atribuições patrimoniais fundadas em atos de liberalidade são presumivelmente desejadas para o beneficiário. Em sentido convergente, se a doação feita ao incapaz

¹¹³³ No sentido da unilateralidade, por exemplo, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 107, nota de rodapé 1; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 464; FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 27; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, III, p. 158.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, p. 60; seguindo a tese contratual, PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, p. 254.

é onerada com encargos, então o representante legal tem de manifestar consentimento em nome e por conta do donatário (artigo 951.º/1 do CC).

Em segundo lugar, desde a refundação dogmática do direito privado europeu de tradição romano-germânica no séc. XIX até aos dias que correm, a promessa pública nas suas diversas vertentes e conceções, é sem dúvida o mais emblemático exemplo de promessa unilateral admitida num regime claramente dominado pelo princípio do contrato (*Vertragsprinzip*)¹¹³⁴ e o dogma do *consensus* (*Konsensdogma*). Aquando da sua análise, fiz notar que a indeterminação do beneficiário (*quivis ex populo*) se mostrava como um dos seus paradigmas fixos, a par de outros elementos como a previsão de certos factos ou situações e bem assim, da publicidade da declaração promissória. Mas todos estes elementos não justificam, por si só, a permissibilidade legal perante o princípio geral do artigo 457.º do CC. Aqueloutra discussão nos palcos doutrinários italianos sobre a natureza contratual ou unilateral da promessa pública é suficiente para se concluir que os elementos da fatispécie deste negócio não se demonstram idóneos – de uma perspetiva individual ou conjunta – para justificar a adoção do modelo unilateral. No caso do direito português em particular, o legislador considerou necessário consagrar a expressão “fica vinculado desde logo à promessa” e enquadrar a figura dentro da secção relativa aos negócios jurídicos unilaterais para que dúvidas não restassem quanto ao acolhimento da tese unilateralista. Aqui, e uma vez mais, tudo se resume a questões históricas. Como foi referido, a origem da promessa pública nos quadros em que a conceptualizamos hodiernamente jaz na velha *Auslobung* prussiana retirada do primeiro volume do *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, nos termos da qual, SVAREZ e KLEIN – embebidos pelas ideias iluministas e pelas modernas correntes insulares utilitaristas, e influenciados pelo voluntarismo de SAVIGNY – positivaram este negócio, delimitando, contudo, um escopo bem preciso. A promessa era apenas eficaz porque prosseguia critérios

¹¹³⁴ FERREIRA DE ALMEIDA refere-se à promessa pública como “a mais notável exceção ao princípio do contrato” (*Contratos II*, p. 49, nota de rodapé 40).

objetivos de interesse público. A prestação debitória – o ato prometido – em conjunção com o facto e a situação previstos é que determinavam se a promessa era *digna* de ser auto-vinculante. A *Auslobung* nasce do mecanismo que o “regime prussiano” entendeu ser adequado ao desenvolvimento da cultura, da ciência, do desporto, da arte, etc. Este negócio não era, portanto, um fim em si mesmo, mas um meio de tutela de interesses privados para alcançar uma finalidade de matriz pública. Ora, é exatamente aqui que se funda a promessa pública como fonte de obrigações. A adoção que mais tarde tem no BGB e que, entretanto, foi contaminando os outros regimes da família de *civil law*, deixou paulatinamente de repercutir esta justificação genética sem ser substituída por outro fundamento, passando de um negócio com vista à prossecução do interesse público para um negócio idóneo à regulação de interesses exclusivamente privados. Hoje em dia, são – ainda – os princípios utilitaristas e os fundamentos sociológicos que legitimam a positivação da figura.

Em terceiro lugar, e ao contrário do que sustenta ANTUNES VARELA¹¹³⁵, a promessa pública não é o único caso em que o código prevê a possibilidade da promessa unilateral como fonte de obrigações. Outro desvio tradicional ao princípio da intangibilidade da esfera jurídica de terceiro é, como se procurou clarificar aquando do conceito de beneficiário, a *stipulatio alteri*¹¹³⁶. Não sendo um negócio típico ou nominado, apenas descrevendo uma estrutura negocial tripartida, estando, por isso, sujeito a uma multiplicidade de funções, o contrato a favor de terceiro compreende, na relação de cobertura $(Pt) \leftrightarrow (Pa)$, uma ou várias promessas em diálogo e, na relação de execução $(Pt) \leftrightarrow (Be)$, cujo o enunciado se insere nessa relação de cobertura, uma verdadeira promessa unilateral. Nesta sede, o tradicional argumento que se utiliza para justificar a eficácia unilateral da promessa a favor de terceiro (para alguns, *rectius*: a eficácia externa da declaração

¹¹³⁵ *Obrigações*, I, p. 441.

¹¹³⁶ Comigo, GALVÃO TELLES, *Obrigações*, p. 178.

negocial) reside na natureza jurídica da relação de valuta (*Pa*)↔(*Be*)¹¹³⁷. Só que, como bem se retira do regime do contrato a favor de terceiro, a *Valutaverhältnis* não representa um elemento essencial ou característico desta estrutura. Quando o terceiro é, por natureza, indeterminado (artigo 445.º do CC), ela é inexistente. Pelo mesmo motivo, em termos gerais, no momento da celebração do contrato a favor de terceiro esta relação pode estar prevista como facto jurídico futuro ou pode sequer nunca existir¹¹³⁸. Como se torna cada vez mais recorrente, a análise histórica consegue responder, *prima facie*, à questão. Nos primeiros tempos, a impossibilidade da estipulação a favor de terceiro tinha que ver com a não existência de um interesse do disponente na *promissio* feita pelo promitente ao terceiro beneficiário. Só em íntimas relações familiares ou relações de subordinação extra-familiar é que a *stipulatio alteri* era válida: do filho a favor do pai; do escravo a favor do mestre¹¹³⁹. Depois, esta regra foi sendo reinterpretada para abranger qualquer caso desde que o disponente tivesse um interesse na prestação feita a terceiro, interesse esse que era visto como um efeito pecuniário direto na sua esfera jurídica. Os textos indicavam que “as obrigações desta natureza eram concebidas para que cada indivíduo adquirisse para ele próprio o que lhe era benéfico”¹¹⁴⁰. Mais tarde, a *denunciatio envagelica* e a *ley ‘Parasciendo’* vieram reforçar a ideia de eficácia da estipulação feita a terceiro que se manteve firme – mesmo passando pelas doutrinas jusnaturalistas assentes na ideia de aceitação como condição de eficácia da promessa¹¹⁴¹ – até aos tempos contemporâneos. Ora, o contrato a favor de terceiro é um “meio técnico-jurídico unitário para a simplificação e a economia (redução dos custos de transação) de operações triangulares”¹¹⁴². A particularidade da *stipulatio alteri* – na sua vertente

¹¹³⁷ VERHAGEN, in AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*, p. 155.

¹¹³⁸ Assim também, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, pp. 45 e 48.

¹¹³⁹ ULPIANUS, D. 45.1.38.17, “*alteri stipulari nemo potest, praeterquam si seruus domino, filius pater stipuletur*”.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, II, XI, XVIII.

¹¹⁴² FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 41.

promissória – está na correspondência funcional entre a relação de cobertura e a relação de execução. O direito à exigibilidade da prestação por parte do disponente é uma consequência do seu interesse digno de proteção legal, elemento de admissibilidade do contrato a favor de terceiro. Com efeito, o seu fundamento não jaz propriamente na relação de valuta, mas sim na atribuição patrimonial indireta que o disponente executa a favor do beneficiário; é indireta porque o faz *por via* do promitente. Como referi, a função económico-social depende do caso concreto e é concebível a liberalidade plena em todos os negócios; não é, portanto, exigível qualquer contrapartida económica, mas sim um incremento patrimonial no terceiro, a pedido ou a mando do disponente. Daqui se conclui que, nos casos que têm função de liberalidade, o contrato a favor de terceiro é um mecanismo de escape (legal e admissível) ao contrato de doação. Como se encontra bem estabelecido nas famílias de tradição romano-germânica, e com exceção da doação pura a incapaz, e de outro caso especial que veremos adiante, a doação tem natureza contratual (artigo 940.º do CC), o que não deixa de ser mais um exemplo emblemático de *antipatia* que o ordenamento jurídico tem relativamente a atribuições patrimoniais diretas fundadas num espírito de liberalidade¹¹⁴³. Assim, se o doador optar por uma relação bilateral baseada no tradicional modelo da doação estabelecido nas famílias de *civil law*, terá de aguardar a aceitação do lado do donatário (artigo 945/1.º do CC). Mas se recorrer à via da atribuição indireta, colocando-se na posição de disponente numa estrutura tripartida, poderá atingir o mesmo efeito prático¹¹⁴⁴. Numa situação de pluri-liberalidade, o “doador” não é o promitente, mas sim o disponente/promissário *por via* de uma liberalidade concedida pelo promitente ao terceiro¹¹⁴⁵. Neste sentido, como bem indica

¹¹⁴³ No mesmo sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 27.

¹¹⁴⁴ Note-se, porém, que ao invocar o conceito de “promessa”, nesta situação, é necessário clarificar que tanto me refiro a promessa em sentido próprio, isto é, produzindo efeitos obrigacionais como, outrossim, a uma conceção ampla de atribuição patrimonial de eficácia real porquanto a doação é tradicionalmente entendida como um contrato de eficácia real.

¹¹⁴⁵ Ao contrário do que parece sustentar FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 49, nota de rodapé 41. Ora, no meu entendimento, o *animus donandi* não está na relação (Pt)↔(Be), mas sim na relação (Pa)↔(Be), nos termos da qual (Pt) se assume como intermediário e como causa do

FERREIRA DE ALMEIDA, “com o contrato a favor de terceiro, a lei fornece afinal uma via, lícita e não fraudulenta, para contornar o princípio do contrato. Ainda bem que as razões práticas se sobrepuseram ao preconceito injustificado”¹¹⁴⁶.

Em quarto lugar, e especialmente no panorama do direito comercial, multiplicam-se os negócios unilaterais em geral e, em particular, promessas unilaterais que, neste âmbito, e quando causais, assumirão por regra a função económico-social de garantia ou de cobertura de risco; quanto às abstratas, estas são, por definição, ausentes de causa. Refiro-me a certos negócios unilaterais cambiários típicos, tais como a subscrição de livranças, ou o próprio aval¹¹⁴⁷. E também me refiro à prestação de fianças (*hic* civis ou bancárias) unilaterais¹¹⁴⁸, às

ato dispositivo. FERREIRA DE ALMEIDA conclui, e aqui com razão, que o esquema em que o promitente assume a posição de “doador” numa relação tripartida é um meio de defraudar o princípio do contrato e, em particular, o regime da doação, sendo que seria ineficaz (*ibid.*). O mesmo raciocínio não singra no caso que apresento nos termos do qual as posições invertem-se – o doador é, em bom rigor, o “promissário” que tem um interesse digno de proteção legal para que a relação tripartida seja eficaz.

¹¹⁴⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 49.

¹¹⁴⁷ Outros negócios cambiários como o endosso não têm natureza promissória em sentido próprio. Já a letra de câmbio representa um caso especial. Rigorosamente, a letra de câmbio – ao contrário da livrança – não consagra uma *promessa* de pagamento, mas uma *ordem* de pagamento; contudo, não deixa de ser um título que incorpora um direito de crédito a uma quantia pecuniária (ENGRÁCIA ANTUNES, *Títulos de Crédito*, p. 54; criticando, CUNHA, *Letras e livranças*, pp. 73-4). A verdade é que a relação entre negócios unilaterais cambiários de saque e aceite da letra são dúbios quanto à constituição unilateral do vínculo porquanto o saque tem como efeitos a “constituição e a atribuição do direito cambiário, bem como a vinculação do sacador à garantia da aceitação e pagamento da letra”, mas ao mesmo tempo o aceite constitui a obrigação cambiária principal (CUNHA, *Manual*, pp. 31-2): o sacado promete pagar (ao sacador) ou a um terceiro.

¹¹⁴⁸ Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 199.

cartas-conforto fortes¹¹⁴⁹, aos créditos documentários¹¹⁵⁰ – em particular, os irrevogáveis – bem como às garantias autónomas¹¹⁵¹, que a doutrina e a jurisprudência, à boa moda anglo-saxónica, ao se depararem com prática comercial e habitual de modelos puramente unilaterais, e confrontadas com a dificuldade teórica em ultrapassar a previsão geral do artigo 457.º do CC, procuram uma justificação de admissibilidade numa aceitação tácita do lado do beneficiário ou mesmo na dispensa de aceitação nos termos do artigo 234.º do CC¹¹⁵². Quanto a estes casos, os usos comerciais e a *lex mercatoria*, evidenciam muitas vezes a sua natureza unilateral sem prejuízo do promitente poder (ou dever, caso haja uma fonte contratual que o obrigue) optar por qualquer modelo formativo-discursivo. Mas não deixa igualmente de ser importante mencionar que grande parte destes negócios promissórios se justificam através de um negócio jurídico subjacente,

¹¹⁴⁹ Em Itália discute-se a admissibilidade de cartas-conforto fortes (*lettere di patronage forti*) como fonte de obrigações por via unilateral (cfr. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 261 e ss., em especial, 283 e ss.; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 129-31; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 136 e ss.). Todavia, não há dúvida que o resultado dessa discussão se inclina para a sua eficácia jurídica porquanto o que mais preocupa os autores é a possível ausência de causa (ela terá sempre função de garantia). Entre nós, discutindo a natureza unilateral perante o artigo 457.º do CC, MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 845 e ss., que incrivelmente parece pender para a tese contratual, dando o exemplo de dispensa de aceitação conforme os usos nos termos do artigo 234.º do CC (*Direito Bancário*, pp. 845 e ss.; *Das cartas de conforto*, pp. 61 e ss.). Para o autor, a base é um contrato. A emissão da carta-conforto ou outra garantia apenas é uma *formalização epistolar* (*Tratado*, VII, p. 638).

¹¹⁵⁰ Em termos gerais, a instituição financeira, perante o mandante, promete que irá assumir a obrigação de efetuar um certo pagamento (contra a respetiva demonstração de documentos específicos). Na sua relação base, este modelo reconduz-se ao contrato a favor de terceiro (MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 706): a promessa é a de emitir uma carta de crédito a favor do terceiro e, nesse sentido, a própria de crédito – em cumprimento da *stipulatio alteri* – consagra um negócio jurídico unilateral (contra, MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, p. 710).

¹¹⁵¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 199, pp. 210-1; MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 131 e ss.; DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, pp. 145-7; GALANTE, “Garantia bancária autónoma” p. 432-3.

¹¹⁵² Quanto às garantias autónomas, cfr. CORTEZ, “A garantia bancária autónoma”, pp. 528-30, sublinhando que a sua posição é conforme à doutrina dominante (nomeadamente FÉRRER CORREIA, GALVÃO TELLES, ALMEIDA COSTA e PINTO MONTEIRO); a propósito, cfr. EVARISTO MENDES, “Garantias Bancárias. Natureza”, pp. 411 e ss. e 446 e ss. Quanto às cartas-conforto ver conclusões de CABRAL, *Das cartas de conforto e o seu regime jurídico*, e ROMANO MARTINEZ, FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, p. 157, referindo, por sua vez, em nota de rodapé 372, CALVÃO DA SILVA, “Cartas de Conforto”, pp. 372 e ss., e ESSER, WEYERS, *Schuldrecht*, II, p. 355; na jurisprudência, por exemplo, TRL, proc. n.º 1150/2007, de 15-05-2007 (RUI VOUGA), que, aliás, repudia expressamente a tese da admissibilidade unilateral da fiança.

como é tipicamente o caso do mandato ou da prestação de serviços nas relações jurídico-privadas de direito bancário. De qualquer forma, o motivo que ronda a unilateralidade característica de muitos atos de comércio funda-se em fatores de economicidade e celeridade das relações comerciais.

Finalmente, há ainda que referir, com as devidas cautelas, outros atos unilaterais que, não sendo propriamente promissórios, contemplam uma afetação patrimonial em terceiros. Escolho, por enquanto, os dois mais tradicionais e deixo um terceiro de reserva (hipoteca voluntária) para ser tratado adiante. O primeiro é o testamento. O testamento é um negócio unilateral, mas não é uma promessa¹¹⁵³. De acordo com a teoria proposta no Capítulo II, o promitente não se vincula à prática de qualquer ato futuro e incerto; o testamento é, por conseguinte, um negócio de disposição de bens *post mortem* (artigo 2179.º do CC) que pode implicar que os sucessores assumam obrigações¹¹⁵⁴ ou adquiram direitos. Neste caso, de forma geral, os sucessores podem aceitar a herança global e incondicionalmente (artigos 2050.º e 2054.º do CC) tal como a podem repudiar nos mesmo termos (artigos 2062.º e 2064.º do CC), mas aos credores do repudiante é permitida a aceitação da herança em seu nome nos termos dos artigos 606.º e ss. do CC, fazendo uso do mecanismo da sub-rogação do credor ao devedor (artigo 2067.º do CC)¹¹⁵⁵. No regime do negócio testamentário está, por um lado, salvaguardada a vontade do (futuro) *de cujos* que pode a todo o tempo revogar o ato. Este elemento encontra-se em sintonia com o acervo de poderes de administração e disposição de bens que a autonomia privada concede às pessoas singulares em vida e, quanto à disposição, após cessação da personalidade jurídica (com alguns limites). A possibilidade de rejeição da herança salvaguarda, por outra

¹¹⁵³ Acompanhando, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 686.

¹¹⁵⁴ GALVÃO TELLES, *Obrigações*, pp. 177-8.

¹¹⁵⁵ Em bom rigor, esta modalidade de ação sub-rogatória é especial, tendo elementos de impugnação pauliana – na medida em que se afasta o repúdio – e de sub-rogação – porquanto se substitui ao sucessor na aceitação da herança (ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 851, nota de rodapé 1). Ressarcidos os credores, os bens remanescentes não ficam alocados à esfera jurídica do repudiante; serão aproveitados pelos herdeiros imediatos (artigo 2067.º/3 do CC).

banda, o direito à não ingerência da esfera jurídica privada. Note-se que a atribuição patrimonial *mortis causa*, com ou sem onerações para o(s) sucessor(es) não resulta *ipso facto*, tal como é imediata a aquisição do direito à prestação no caso do contrato a favor de terceiro ou no caso da promessa pública. Em segundo lugar, as outras situações não promissórias a que me refiro nesta parte são os atos jurídicos unilaterais constitutivos de pessoas “coletivas”. O negócio unilateral “entre vivos” de instituição de uma fundação também requer atribuição de bens patrimoniais do(s) instituidor(es) para a pessoa “coletiva” ora constituída (artigos 185.º/1 e 186.º/1 do CC). Em regra, não tem natureza promissória porque o enunciado não compreende força ilocutória de promessa; apenas cria e institucionaliza a fundação que está sujeita a registo e prévio reconhecimento oficial¹¹⁵⁶. Os efeitos obrigacionais que decorrem do negócio unilateral, como por exemplo, a obrigação de entrega dos bens afetos à instituição, resulta diretamente do regime legal e não propriamente da declaração negocial¹¹⁵⁷ que apenas indica quais bens os afetos ao substrato patrimonial da fundação¹¹⁵⁸. E é com esses bens que a fundação irá prosseguir os seus fins sociais. De igual modo, outro exemplo emblemático é a constituição de uma sociedade comercial unipessoal, seja por

¹¹⁵⁶ É minha opinião que a fundação pode ser livremente revogada pelo instituidor até ao momento do reconhecimento. É com este ato administrativo que a fundação poderá, aos olhos da lei, prosseguir os seus fins. É certo que os plenos efeitos jurídico-privados são concomitantes com a declaração negocial porque se trata de um negócio jurídico unilateral; mas os seus efeitos estão dependentes de um ato público (assim também, SOUSA RIBEIRO, “As Fundações no Código Civil, p. 75). A livre revogabilidade até ao reconhecimento não fere qualquer direito ou expectativa jurídica merecedora de tutela, com exceção dos direitos inerentes à própria pessoa instituída. O reconhecimento não tem natureza de aceitação da “proposta” de doação, mas de conformação do ato atribuindo-lhe eficácia jurídica. Em sentido paralelo, na aquisição do direito por parte do terceiro beneficiário de uma estipulação a favor de terceiro, e subsidiariamente, a promessa é revogável enquanto o terceiro não manifestar a sua adesão (artigo 448.º/1 do CC); assim também, não tendo prazo de validade, a promessa pública é revogável a todo o tempo pelo promitente. A opinião de MARCELLO CAETANO inclina-se no sentido de considerar o negócio irrevogável, após o pedido de reconhecimento ou no começo do processo oficioso (MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*, p. 44). Para desenvolvimentos e análise de posições doutrinárias, ANTUNES, *in Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, pp. 408-9.

¹¹⁵⁷ Se, no ato institutivo, o fundador fizer alguma declaração promissória, naturalmente o negócio compreende outrossim uma natureza de promessa, ainda que tais obrigações decorram *ex lege* e não *ex voluntate*.

¹¹⁵⁸ Não parecendo fazer esta pequena ressalva, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 464.

quotas (artigos 270.º-A e ss. do CSC), seja uma sociedade anónima detida na totalidade por um sócio (domínio total inicial – artigo 488.º do CSC) que, contra todo o preconceito doutrinário e legal baseado na ideia de contrato de sociedade¹¹⁵⁹ – presumivelmente retirado do artigo 980.º do CC quanto a sociedades civis ou da noção de função económico-social de *cooperação* – não deixam de ser negócios jurídicos unilaterais. Inerente ao estado de sócio está associada a obrigação de entrada [artigo 20.º, al. a) do CSC]. Esta obrigação também não decorre, em princípio, de qualquer promessa; não é uma obrigação *ex voluntate*, mas sim *ex lege*; é, tal como na constituição de uma fundação por ato “entre vivos”, uma consequência jurídica do ato institutivo. A aquisição, *ipso jure*, do direito ao recebimento da obrigação de entrada por parte da sociedade também se justifica sem grandes querelas na medida em que é exatamente através do cumprimento dessa obrigação que a sociedade adquire os meios necessários a promover a atividade a que está destinada e alcança o seu fim mediato que é o lucro económico¹¹⁶⁰. Por conseguinte, nestes casos *institutivos*, a ingerência unilateral na esfera jurídica da pessoa “coletiva” a constituir é *conditio sine qua non* da prossecução do objeto e do fim social.

Com exceção deste último ponto, e das particularidades de cada uma das situações, pretendeu-se demonstrar que o ordenamento jurídico acolhe casos de promessas unilaterais como fonte autónoma de obrigações¹¹⁶¹. Contudo – e

¹¹⁵⁹ A Parte Geral do CSC contempla diversos preceitos que fazem referência ao “contrato de sociedade”, aplicando-se, *mutatis mutandis*, aos negócios jurídicos unilaterais relativos às sociedades unipessoais por quotas ou sociedades anónimas em domínio total inicial. (ex.: artigos 7.º e ss.; 85.º do CSC).

¹¹⁶⁰ O fim imediato é o exercício da atividade de natureza económica descrito no objeto social (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 115).

¹¹⁶¹ Haveria certamente que referir muitos outros casos. Mas dada a delimitação positiva e o limite de caracteres disponível, não será possível tratar com o adequado detalhe. O mais complexo exemplo será o da deliberação social que também é um ato de estrutura unilateral, nos termos do qual se discute a sua natureza negocial (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, p. 686). Mas também poder-se-ia estender a discussão a outros como a procuração que é um negócio jurídico unilateral que não vincula o procurador, apenas lhe atribui poderes representativos (artigo 262.º do CC). A procuração pode ser sempre extinguida através da renúncia por parte do procurador, mas também é livremente revogável pelo representado, sem prejuízo da possibilidade de renúncia ao direito de revogação ou existir convenção em contrário (artigo 265.º/1 e 2 do CC).

infelizmente – nesse acolhimento não é possível encontrar uma linha dogmática transversal que fundamente a adoção e a permissibilidade do modelo unilateral, seja através de estruturas diretas, seja indiretamente pela via do contrato a favor de terceiro. Ou os fundamentos são apenas resquícios históricos que, ao longo do tempo, foram sofrendo mutações concetuais infra-sistémicas, como sucede com o caso da promessa pública e também, com menos intensidade, na doação pura a incapaz – com a ressalva de que não é uma promessa unilateral – e na *stipulatio alteri*; ou os motivos giram em torno do conceito de eficácia das transações (operacionalidade ao mais baixo custo possível, ou celeridade) e neste caso, no que ao direito comercial diz respeito, não é propriamente o legislador que promove essa justificação, mas os usos mercantis e a *lex mercatoria*¹¹⁶²; por seu turno, nos negócios cambiários, a abstração e autonomia negocial embora pareçam contornar a questão não invalidam o mesmo argumento da facilidade nas transações¹¹⁶³.

O sistema atual é descompensado face ao paradigma do contrato e ao dogma do *consensus*. Este desequilíbrio é visível no caso da brecha aberta pela *stipulatio alteri*, mas também é notório noutras circunstâncias como sucede no regime da aquisição de direitos reais menores de garantia, tema esse que me levará a uma discussão em torno da intangibilidade da esfera jurídica alheia no panorama dos

¹¹⁶² Os mesmos motivos aplicar-se-ão, sempre que possível, *mutatis mutandis*, às relações civis, nomeadamente no que respeita à possibilidade de prestação de garantias pessoais através de declaração unilateral.

¹¹⁶³ Ainda no panorama do direito comercial, com interligação em alguns casos com o direito do consumo e com o direito bancário, encontram-se outros negócios jurídicos unilaterais de fonte promissória como é o caso dos *códigos de conduta*. O código de conduta é um caso particularmente interessante na medida em que compreende dois negócios reflexos: a promessa e a ordem. De uma perspetiva extra-organizacional é uma promessa unilateral da sociedade comercial perante os seus clientes; de uma perspetiva infra-organizacional é uma ordem do empregador aos trabalhadores no âmbito de um poder de direção conferido àquele por força do contrato de trabalho. Poder-se-ia argumentar que todos os códigos de conduta que fossem emitidos por sociedades comerciais que não aquelas mencionadas no artigo 77.º-B do RGICSF – pois quanto a estas existe permissão expressa conferida pela lei – seriam ineficazes por força do artigo 457.º do CC. A verdade é que os códigos de conduta preenchem os requisitos da fatispécie do artigo 459.º do CC, sendo verdadeiras promessas públicas: a emissão da declaração promissória é feita por anúncio público, verifica-a condição de indeterminação, e a situação prevista é exatamente a aquisição da posição de *cliente*, potencial ou efetivo.

direitos reais em acareação com as relações obrigacionais baseadas na autonomia privada.

Comece-se por analisar o caso da hipoteca voluntária que, nos termos da lei, pode nascer de declaração unilateral (artigo 712.º do CC)¹¹⁶⁴. Nesta sede, a afetação é imediata após a perfeição do ato declarativo e não carece de uma fase consolidativa; o beneficiário não pode, em bom rigor, recusar a atribuição¹¹⁶⁵. Segundo o seu regime jurídico, a única hipótese prevista é o ato – também ele unilateral – de renúncia à garantia por parte do credor hipotecário [artigo 730.º, al. d) do CC] que, por ser também um negócio unilateral, não necessita de aceitação pelo devedor ou pelo autor da hipoteca, contando que a renúncia deverá ser expressa e exarada em documento autêntico (artigo 731.º/1 do CC). Impõem-se, por conseguinte, atos materiais e jurídicos do lado do credor hipotecário se este quiser extinguir o efeito atributivo¹¹⁶⁶. O regime hipoteca voluntária faz notar uma certa separação que o ordenamento jurídico procura estabelecer entre, por um lado, as relações¹¹⁶⁷ *pessoa↔pessoa* – baseadas em vínculos obrigacionais – e, por outro lado, as relações *pessoa↔res* – fundadas em situações jurídicas com efeitos reais¹¹⁶⁸. O espaço de *liberdade* no âmbito da autonomia privada que o ordenamento concede às *pessoas* no que toca às suas relações com as *coisas*, ainda que sob a égide do princípio da tipicidade dos direitos reais, parece ser mais amplo – ou menos restritivo – que o espaço atribuído às mesmas no que às relações obrigacionais diz respeito. A título exemplificativo, a aquisição do direito de

¹¹⁶⁴ Assim também é no direito italiano (cfr. artigo 2821 do *codice*). Para desenvolvimentos, vide MAGGIOLO, *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*.

¹¹⁶⁵ Como se posiciona, por exemplo, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, pp. 952-3.

¹¹⁶⁶ Uma forma equilibrada de se resolver este pequeno problema seria entender que, nos casos de constituição voluntária de hipoteca por via unilateral, os custos decorrentes da renúncia deveriam ser suportados pelo disponente sempre que se demonstrasse que o credor nunca teria aceite a constituição da hipoteca. Esta presunção *iuris tantum* decorreria a favor disponente.

¹¹⁶⁷ Note-se que a referência ao termo relação não deve ser, nesta sede, interpretada como relação jurídica em sentido técnico porquanto as relações jurídicas são estabelecidas entre pessoas e não entre pessoas e coisas. A “relação” a que me refiro neste ponto é a ligação do direito (de crédito, de propriedade) ao seu titular.

¹¹⁶⁸ Nos casos de direitos reais menores, as relações são *pessoa↔res↔pessoa*.

propriedade ou outro direito real de gozo através da usucapião (artigos 1287.º e ss. do CC), o regime da ocupação (artigos 1318.º e ss. do CC), a faculdade de abandono e o direito de renúncia ao direito de propriedade, constituem indicações desse amplo espaço de liberdade¹¹⁶⁹.

Começemos pelo abandono e pela renúncia que estão intimamente ligados, na medida em que são atos unilaterais com efeitos extintivos do direito de propriedade. O *abandono* é um simples ato jurídico unilateral porquanto é uma conduta relativamente à qual, independentemente da vontade do agente, o ordenamento atribui um determinado significado jurídico (*ex.* a colocação de um objeto no lixo)¹¹⁷⁰; já a *renúncia* consagra um negócio jurídico unilateral de efeito extintivo de um direito do declarante (neste caso, direito de propriedade). A divisão nem sempre é clara¹¹⁷¹. A autonomia privada garante o direito de renúncia: garante esse direito ao comproprietário na modalidade de renúncia liberatória (artigo 1411.º do CC), nos termos da qual os restantes comproprietários – na medida da proporção das suas quotas – adquirem o direito de propriedade sobre a coisa; e garante também a renúncia abdicativa do direito de propriedade, em termos gerais,

¹¹⁶⁹ Não se inclui as serviços legais de passagem em benefício de prédio encravado (artigo 1550.º/1 do CC) em que o titular do direito de propriedade do prédio serviente não colabora na atribuição da servidão, caso em que o proprietário do prédio dominante pode requerer a sua constituição por via administrativa ou judicial. Estes casos não são tão problemáticos no que toca à ingerência na esfera jurídica alheia porque a *ratio* da norma demonstra ser adequada à tutela de interesses em causa.

¹¹⁷⁰ Quanto aos simples atos jurídicos sigo genericamente a linha de CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, pp. 517 e ss.

¹¹⁷¹ No panorama doutrinário nem sempre a terminologia é coincidente. Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA o abandono é um simples ato jurídico e como tal está sujeito ao artigo 295.º do CC (*Código Civil Anotado*, III, p. 125). Assim também defende ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 389. HENRIQUE MESQUITA (*Direitos Reais*, pp. 363 e ss.) e PINTO DUARTE (*Curso*, pp. 55-7) posicionam-se no sentido do carácter negocial de ambas as figuras. Já MENEZES CORDEIRO opta por uma distinção entre casos de extinção voluntária de direitos reais sobre coisas móveis e imóveis: naqueles, refere-se a “abandono”; nestes, a “renúncia” (*Direitos Reais*, p. 546). Esta divisão de MENEZES CORDEIRO tem razão de ser em termos práticos. Em casos de coisas móveis não sujeitas a registo é habitualmente através do abandono que se extingue o direito; por contrário, a renúncia recairia sobre direitos de propriedade de coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo. O negócio abdicativo tem também de ser registado por motivos de publicidade: por exemplo, se se tratar de um bem imóvel, aplica-se o artigo 2.º, al. z) do CRPr; se se tratar de um automóvel, aplica-se o artigo 5.º, al. j) do DL 54/75, de 12 de fevereiro.

porquanto o direito de disposição das coisas a que se refere o artigo 1305.º do CC – direito que integra o conteúdo genérico do direito absoluto de propriedade – permite ao titular que abdique, a seu bel-prazer, da sua titularidade¹¹⁷². Neste sentido, e no que toca ao direito de propriedade – arquétipo dos direitos reais de gozo –, a relação *pessoa↔res*¹¹⁷³ permite ser quebrada unilateralmente e sem justificação concreta, mas essa unilateralidade injustificada na relação *pessoa↔pessoa* parece não ter paralelo porquanto o princípio da irrenunciabilidade dos direitos de crédito e o negócio remissivo de natureza contratual o impedem¹¹⁷⁴.

Na atribuição de direitos reais de garantia esta comparação é igualmente sintomática. O entendimento dominante é o de que, na lei civil, as garantias pessoais – de natureza promissória, como é o caso da fiança – estão sujeitas a consentimento do beneficiário sob pena de ineficácia, mas se se tratar de uma garantia real voluntária (*in casu*, hipoteca), é admissível a atribuição do benefício de forma unilateral cujos efeitos se verificam no momento da perfeição da declaração negocial. Se é verdade que os fundamentos entre estas duas situações se enquadram na lógica relacional acima apresentada, não deixa de ser menos verdade que origina situações manifestamente desequilibradas. Pense-se na seguinte hipótese. (A) deseja atribuir voluntariamente uma hipoteca a favor de (B). A ideia inicial de (A) é a de que, no futuro, por acordo entre as partes, possa celebrar um contrato nos termos do qual concede esse “benefício” a favor de (B), optando

¹¹⁷² A maioria da doutrina nacional tende em aceitar a ideia de renúncia abdicativa do direito de propriedade. Uma pequena parte da doutrina posiciona-se em sentido contrário ao entender que isso levaria a pesadas consequências sociais (para uma exposição e indicação sumária de ambas as linhas de pensamento, *vide* PINTO DUARTE, *Curso*, pp. 55-7).

¹¹⁷³ As relações *pessoa↔res*, podem implicar, naturalmente, relações *pessoa↔pessoa* como sucede nas as obrigações *propter rem*, mas essas situações são secundárias ou funcionalmente dependentes pois decorrem *por força do (propter)* direito real, enquadrando-se dentro da *pessoa↔res*.

¹¹⁷⁴ Sem prejuízo, é importante realçar que nas relações *pessoa↔pessoa*, para além daqueles outros exemplos acima dados que contrariam o princípio *invito beneficium non datur*, também se encontram múltiplas formas de ingerência na esfera jurídica de outrem, aqui sob o pretexto do vínculo obrigacional constituído. Refiro-me à garantia geral das obrigações e às variadas formas de meios de conservação do património (artigos 605.º e ss.).

por recorrer à figura da promessa, e emitindo a seguinte declaração: “eu prometo atribuir-te uma hipoteca no dia (*t*)”. Passando agora por cima do problema da estrutura formativo-discursiva escolhida, imagine-se que para tal efeito, (A) celebra um negócio unilateral, mais concretamente uma proposta contratual, caindo no *sobre-usado* contrato-promessa unilateral com eficácia obrigacional (artigo 411.º do CC), na qual se compromete a atribuir voluntariamente a hipoteca a favor de (B) no dia (*t*). Todavia, (B) rejeita liminarmente a proposta¹¹⁷⁵, não se constituindo na sua esfera jurídica qualquer direito à celebração do contrato prometido. De qualquer forma, chegando o dia (*t*), (A) pode *livremente* proceder à concessão do benefício a favor de (B), por via unilateral e mediante registo¹¹⁷⁶, sem que daí resulte alguma ilegalidade. O fim foi alcançado, ultrapassando-se o problema da aceitabilidade da promessa. Este caso demonstra que a obsessão do ordenamento jurídico com o princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia no que toca a constituição de direitos à prestação por via unilateral pode ser gerador de situações injustificadas.

Passemos agora à análise dos outros dois exemplos no panorama dos direitos reais de afetação de direitos de terceiro que é a aquisição da propriedade por usucapião (artigos 1316.º e 1287.º e ss.) e a ocupação por perda ou ocultação. Quanto ao primeiro instituto, desde que os demais requisitos legais estejam verificados, a mera posse pública e pacífica dará lugar, caso invocada, ao direito

¹¹⁷⁵ O problema não se colocaria, em bom rigor, na atribuição de um direito real de aquisição – contrato-promessa com eficácia real – porquanto o negócio está sujeito a escritura pública (artigo 413.º/2 do CC). sobre a admissibilidade da promessa unilateral como negócio preliminar (*negozio preparatorio*) no direito italiano, vide CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, pp. 55-6.

¹¹⁷⁶ No direito português não há dúvida que a “declaração negocial” a que se refere o artigo 712.º do CC não tem natureza promissória. Não se trata, portanto, de uma promessa unilateral de constituição de hipoteca. Sendo “entre vivos”, o ato constitutivo é feito mediante escritura pública quando recaia sobre bens imóveis (artigo 714.º), mas esta declaração é dispositiva; não tem eficácia obrigacional. Os efeitos perante terceiros só se constituem *após* registo. No direito italiano discute-se a natureza promissória da declaração de constituição de hipoteca. Para TAMBURRINO (*Promessa unilaterale*, p. 17) e DI MAJO (*Le promesse unilaterali*, p. 62), entre outros, há um verdadeiro negócio promissório (unilateral); para outros, como FERRI (*Le promesse unilaterali*, p. 9) ou D’ANGELO (*Le promesse unilaterali*, p. 212) a tese é a de que a declaração tem efeitos dispositivos, não se constituindo qualquer obrigação para o declarante.

de propriedade sobre a coisa, o que significa que alguém era titular do direito de propriedade sobre essa coisa, móvel ou imóvel, e deixou de o ser, *transmitindo-se* para o possuidor que legitimamente invoca a usucapião. Quanto à ocupação, cumpre referir que é possível adquirir o título do direito de propriedade de coisas móveis que foram perdidas (involuntariamente) ou escondidas (voluntariamente) pelos seus proprietários (artigo 1318.º do CC). Por conseguinte, se alguém encontra uma coisa móvel perdida e não sabe quem é o seu proprietário, deve anunciar publicamente o achado no modo mais adequado, fazendo sua a coisa móvel caso não seja reclamada pelo efetivo titular no prazo de um ano (artigo 1323.º do CC). De igual modo, e ainda de uma forma mais intensa, alguém que descubra uma coisa móvel escondida ou enterrada e não souber quem é o proprietário, torna-se dono de metade do achado, independentemente de reclamação, sendo a outra metade atribuída ao proprietário da coisa móvel ou imóvel onde o achado estava escondido ou enterrado (artigo 1324.º/1 do CC). O achador deve, contudo, avisar as autoridades do achado sempre que seja evidente que este foi escondido ou enterrado há menos de vinte anos (artigo 1324.º/2 do CC). Se o achador não o fizer, ou fizer seu o achado tendo conhecimento do dono ou do proprietário, perde a possibilidade de adquirir a titularidade do direito de propriedade em benefício do Estado (artigo 1324.º/2 do CC). Isto significa, em última análise, que a lei civil não vê com bom agrado atos materiais e voluntários de ocultação de coisas móveis, penalizando-os com a perda, total ou parcial, do direito de propriedade sobre a coisa escondida ou enterrada.

Os diferentes graus de afetação de direitos patrimoniais de múltiplas naturezas na relação direta *pessoa↔pessoa* ou na relação indireta *pessoa↔coisa↔pessoa*, quer através da atribuição de direitos reais menores de garantia, quer através de alguns modos aquisitivos do direito de propriedade, mostram que o ordenamento jurídico consegue conceber, sem problema, ingerências voluntárias na esfera jurídica alheia. Todavia, reitero a ideia de desequilíbrio. No panorama dos direitos reais, em particular no que toca ao direito

de propriedade, a soberania individual da relação *pessoa↔coisa* – que tem o seu expoente máximo na oponibilidade *erga omnes*, no direito de sequência, na possibilidade de abandono ou no direito de renúncia – vê-se rapidamente reduzida perante a possibilidade legal de perda do título sem o consentimento do seu titular. Este grau de afetação *negativa* não tem paralelo no direito das obrigações porquanto é – e bem – indiscutível que a *ordem* – negócio jurídico unilateral reflexo à promessa –, constituindo automaticamente no ordenado uma obrigação jurídica por mero efeito da declaração do ordenante, apenas é admissível se houver (pré-) consentimento por parte do obrigado¹¹⁷⁷ ou se decorrer diretamente da lei¹¹⁷⁸. A promessa não tem efeito perlocutório, a ordem já terá. Constituições voluntárias de obrigações na esfera jurídica alheia requerem aquiescência porque são atos que colocam o declaratório numa posição jurídica passiva. Já a *promessa* reflete o oposto, sendo que a ineficácia de promessas unilaterais não previstas na lei revela a tal descompensação sistémica em comparação com o panorama dos direitos reais.

Deixo ainda para uma última reflexão o caso mais expressivo de atribuição patrimonial na esfera jurídica alheia onde o princípio *invito beneficium non datur* se sente incomodado: a transferência bancária. Este ato unilateral translativo e indiscutivelmente abstrato provoca um incremento patrimonial no beneficiário¹¹⁷⁹ que adquire ou aumenta automaticamente o seu direito de crédito ao saldo (se este for positivo) ou diminui a sua dívida (se o saldo for negativo): efeito de prestação feita por terceiro. Não há proposta de doação, mas doação unilateral; os efeitos verificaram-se sem consentimento, portanto, não há rejeição, mas recusa. Se o beneficiário não deseja a atribuição não basta uma mera declaração de recusa ao

¹¹⁷⁷ É o que sucede, por exemplo, nas ordens emitidas pelo empregador ao seu trabalhador no âmbito de uma relação jurídica de subordinação; ou nas ordens emitidas por um cliente bancário à instituição de crédito no âmbito do contrato bancário geral.

¹¹⁷⁸ É o caso da ordem do pai ao filho (artigo 1878.º do CC).

¹¹⁷⁹ Se o disponente considerar que não é um “beneficiário” pode sempre pedir a restituição invocando o instituto do enriquecimento sem causa.

disponente. Ele terá de ordenar a instituição de crédito para que esta proceda a uma nova transferência bancária a favor daquele.

Todo este *iter* argumentativo pretende demonstrar que a pretensa soberania da esfera jurídica individual e privada¹¹⁸⁰ é meramente aparente ou relativa. Conclui-se existirem uma panóplia de situações jurídicas onde a lei ou o costume permitem atribuições diretas de direitos à prestação por via unilateral, ultrapassando-se assim o princípio *invito beneficium non datur* e todas as suas implicações¹¹⁸¹. Qualquer regime que alargue essa possibilidade a casos onde no negócio, apenas um só lado (no sentido de *lateralidade*) esteja obrigado – e consagre o direito de recusa do direito à prestação – configura um sistema equitativo e eficazmente protetor de todos os interesses em causa – incluindo de terceiros, credores do beneficiário da promessa¹¹⁸². Este tipo de regime desfuncionaliza contratos unilaterais de eficácia obrigacional cujo fundamento se encontra no preconceito¹¹⁸³ infundado e anacrónico¹¹⁸⁴ do princípio do contrato, do dogma do *consensus*, e da intangibilidade da esfera jurídica alheia, como por exemplo o mal-denominado caso da “promessa unilateral” com eficácia obrigacional (artigo 411.º do CC), ou mesmo a doação obrigacional de efeitos constitutivos [artigo 954.º al. c) do CC]¹¹⁸⁵ que, aliás, tem uma estreita ligação com

¹¹⁸⁰ DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, p. 72.

¹¹⁸¹ E era possível continuar a justificar a posição através de outros institutos tipicamente infiltradores da esfera jurídica alheia como a gestão de negócios que é incontestável (FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 772).

¹¹⁸² Aquando da análise à promessa pública concluiu-se que durante a fase consolidativa os credores do beneficiário podem fazer uso da impugnação pauliana caso haja recusa do benefício (e verificados os pressupostos da figura).

¹¹⁸³ MAISTO, *Promesse unilaterali*, p. 5.

¹¹⁸⁴ CAMILLERI, escreve que o princípio da intangibilidade da esfera jurídica individual é um “argumento esquisitamente dogmático fruto do pensamento jusnaturalista e da pandectística” (*La formazione unilaterale del rapporto obbligatori*, p. 28).

¹¹⁸⁵ O contrato-promessa de doação não é uma doação como indica LARENZ (*Schuldrecht*, II, pp. 200-1). É um tipo contratual admissível, mas diferente do contrato prometido (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, pp. 31-2, com as devidas ressalvas que faz quanto à constituição de obrigações no âmbito do objeto do contrato de doação), não estando sujeito a execução específica (acompanho o raciocínio de ANA PRATA, *Contrato-Promessa*, p. 315). Para uma argumentação a

a promessa unilateral de uma prestação, com a diferença de que naquela o vínculo nasce de acordo entre o doador (que não é promitente) e o donatário (que não é promissário, mas apenas beneficiário, na medida em que adquirente do direito de crédito). Outra manifestação da hegemonia injustificada do princípio do contrato, para além do facto de a teoria geral do negócio jurídico ser tratada na Parte Geral do CC com base no modelo da proposta, é exatamente o regime de dispensa da declaração de aceitação (artigo 234.º do CC) que muitas vezes serve de fundamento para a doutrina e a jurisprudência qualificarem, de uma forma ficcional, como “contratos”, negócios jurídicos que, na prática – a depender da análise casuística – são verdadeiros atos unilaterais auto-vinculantes, contornando assim o princípio geral do artigo 457.º do CC¹¹⁸⁶.

Passado que está o argumento mais complexo contra a promessa unilateral como fonte de obrigações, afigura-se necessário responder aos demais obstáculos.

Atente-se à questão da não otimização de recursos que se funda em teorias da análise económica do direito¹¹⁸⁷. O argumento é facilmente contornável. Em primeiro lugar, a promessa unilateral – sendo imediatamente eficaz – “salta” um passo característico na formação de negócios jurídicos bilaterais que é a aceitação. Do resultado da análise ao problema da insinceridade da promessa¹¹⁸⁸, é possível concluir que o interesse do promitente é a própria auto-vinculação, não é o

favor da promessa de doação em termos de análise económica do direito, cfr. POSNER, “Gratuitous Promises in Law and Economics”, pp. 411 e ss.

¹¹⁸⁶ O que é muito notório em promessas com função de garantia, como fazem, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, pp. 845 e ss. e MENEZES LEITÃO, *Garantia das obrigações*, p. 147, quanto às cartas-conforto; COSTA, *A garantia autónoma*, p. 10; BATISTA, *Execução e tutela cautelar na garantia autónoma*, pp. 20-1, TRP, proc. n.º 0031148, de 02-11-2000 (LEONEL SERÓDIO), quanto à garantia autónoma; e STJ, proc. n.º 1909/07.6TBVFR.P1.S, de 16-06-2015, (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), quanto à fiança. Esta última referência jurisprudência é interessante e bem sintomática: um negócio de garantia (unilateral) foi celebrado com a denominação “aval”, mas foi inscrito num documento que não uma letra de câmbio. Sendo um negócio típico, o STJ entendeu – e bem – que o documento não podia constituir um aval por falta de um pressuposto essencial e, subsidiariamente qualificou-o como fiança. Só que, de forma a justificar a sua efetividade, fundamentou a tese contratual no artigo 234.º do CC.

¹¹⁸⁷ Vide MAISTO, *Promesse unilaterali*, pp. 7-10.

¹¹⁸⁸ Cfr. *supra*, II, 2.5.6.

cumprimento da promessa, nem tão-pouco a busca pela adesão que, como referi, não demonstra ser um efeito perlocutório. O interesse está, isso sim, na simples atribuição de um direito à prestação, sendo a prática do ato prometido (positivo ou negativo) uma mera consequência. A intenção em cumprir a promessa é, perante esta, um elemento volátil – na medida da incerteza – e externo – porque a validade e eficácia do negócio constituído não é afetada pelo seu resultado. No caso de uma promessa contida numa proposta contratual o interesse do promitente só será alcançado se – e apenas se – o beneficiário aceitar, o que provoca uma avultada redução nas probabilidades desse alcance. Na mesma linha, mas do lado oposto, a promessa unilateral consagra um regime bem mais apetecido para a prossecução do interesse do beneficiário. Se este deseja adquirir o direito à prestação, a sua inatividade é bastante; se deseja consolidar o vínculo, basta aderir, expressa ou tacitamente, o que em nada o onera porquanto teria sempre de manifestar aceitação da proposta; se não tem interesse na atribuição, recusá-la-á, tal como rejeitará uma proposta não desejada. O argumento da imposição de um ónus de recusa do lado do beneficiário não procede pois sem adesão nunca haverá um vínculo consolidado¹¹⁸⁹, não sendo *ainda* exigível o cumprimento¹¹⁹⁰ (por exemplo, como corolário, o regime da mora do credor não se aplica na fase pré-consolidativa). A isto acresce que interesses dos credores do beneficiário podem ser salvaguardados perante a hipótese unilateral na medida em que na fase pré-consolidativa ocorreu um incremento patrimonial na esfera do devedor. De um ponto de vista utilitarista, o regime da promessa unilateral é, por conseguinte, um modelo que apresenta uma otimização de recursos, redução de custos, celeridade nas transações e efetividade dos interesses em jogo.

No que toca ao argumento segundo o qual a promessa unilateral implicaria que alguém pudesse ficar irrevogavelmente obrigado perante outrem com base

¹¹⁸⁹ Para MENEZES CORDEIRO, a prestação é virtual até o vínculo ser consolidado (*Tratado*, VII, p. 681).

¹¹⁹⁰ Este é, aliás, um dos argumentos contra a possibilidade de aplicação do regime de sub-rogação previsto nos artigos 606.º e ss. do CC.

numa simples declaração unilateral de vontade – o que justificaria a adoção do princípio do contrato e, consequentemente a opção tomada pelo legislador no artigo 457.º do CC¹¹⁹¹ –, é preciso mencionar em primeira linha que tanto a promessa pública como o contrato a favor de terceiro preveem a hipótese de revogação. A promessa pública é revogável a todo o tempo se não tiver sido definido um prazo, não sendo eficaz perante aqueles sobre os quais se verificou a condição de determinabilidade (artigo 461.º do CC), ou seja, desde o momento da emissão da promessa pode acontecer que o promitente público fique irrevogavelmente obrigado e isso não é contestado, tal como não são contestados os direitos de revogação da estipulação a favor de terceiro, nos termos do artigo 448.º do CC. Em segundo lugar, os negócios abstratos válidos no direito português que contenham promessas unilaterais (como a livrança e o aval) são irrevogáveis e isso não é igualmente posto em causa¹¹⁹². Em terceiro lugar, é concedida a retratação da declaração promissória nos termos gerais (artigo 230.º do CC, por analogia¹¹⁹³). Em quarto lugar, é preciso não esquecer o princípio geral concedido pelo ordenamento jurídico – e que também não suscita dúvidas doutrinárias – que é a possibilidade de desvinculações de situações jurídicas passivas perpétuas (vinculações *ad aeternum*) sendo por isso admitida a figura da denúncia – também ela um negócio unilateral – como forma de extinção da promessa¹¹⁹⁴. Por

¹¹⁹¹ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, p. 440.

¹¹⁹² Vide STJ, proc. n.º 08A3600, de 12-02-2008 (PAULO SÁ); STJ, proc. n.º 5903/09.34TVLSB.L1.S1, 10-05-2011 (GABRIEL CATARINO).

¹¹⁹³ O conceito de retratação é usualmente concebido tendo em conta uma interpretação literal do 230.º do CC, aplicando-se assim apenas a revogações de propostas contratuais (neste sentido, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 1305). Este entendimento é apenas justificado pelo preconceito do princípio do contrato e, em particular, pelo modelo formativo-discursivo regulado pela lei civil na Parte Geral do CC. A retratação é uma declaração negocial que visa impedir os efeitos de outra declaração negocial, seja (esta última) tendente à constituição de um negócio jurídico unilateral ou bilateral sob a forma de proposta, seja uma declaração negocial de outra natureza (por exemplo aceitação ou rejeição da proposta).

¹¹⁹⁴ A denúncia é uma figura que não se reconduz apenas a relações contratuais, ainda que unilaterais (contra, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, p. 463); é uma forma extintiva de obrigações que se aplica a qualquer negócio jurídico independentemente da sua estrutura formativo-discursiva [neste sentido também, PAES DE VASCONCELOS, *A autorização*, V, 1, D), v].

consequente, a autonomia privada não proíbe o promitente de, se bem desejar e fora dos regimes tipificados, ficar irrevogavelmente obrigado, contando que poderá usufruir dos efeitos da denúncia para obstar a vinculações duradouras, sem prejuízo de lhe também ser concedida a possibilidade de fixar um prazo para a adesão. Esta última hipótese qualificar-se-á como a aposição de um termo resolutivo (artigo 278.º do CC).

Passemos agora à análise do argumento fundado nas teses causalistas segundo o qual as promessas unilaterais não devem ser admitidas porque, para os mais radicais, são sempre desprovidas de causa, e para os mais moderados, a causa é dificilmente descortinável¹¹⁹⁵. Esta ideia provém de um resquício histórico que hodiernamente não tem procedência. Ficou evidenciado na análise histórica às ideias promissórias que grande parte do período clássico do direito romano e todo o período intermédio – no que à promessa diz respeito – foi passado a discutir sobre a admissibilidade dos *pacta nuda* perante os *vestimenta pactorum*. As modalidades de contratos *vestidos* correspondiam aos tipos legais do *Corpus Iuris* que eram, por sua vez, justificados pelo *consensus* sobre os quais era a própria lei que atribuía a *causa*. Esta problemática infelizmente ainda não foi ultrapassada, provocando uma confusão terminológica quanto ao conceito de *causa* porquanto os defensores das teses causalistas pretendem-no usar como função económico-social, mas justificam as suas posições através da noção clássica de *causa*, ou seja, *causa civilis obligandi*. Como argumento prévio, estas teses não respondem à admissibilidade de promessas abstratas admitidas nos ordenamentos jurídicos fundados em relações causais. A isto acresce que a promessa unilateral não é um negócio típico ou atípico nem tão pouco nominado; é um negócio unilateral de eficácia obrigacional que está sujeito a uma diversidade de funções económico-sociais a serem identificadas no caso concreto. E essa identificação não tem de sequer de estar expressa na promessa (*expressio causae*)¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ BRANCA, “Promesse unilaterali”, p. 354.

¹¹⁹⁶ Contra, SPADA, “*Cautio quae indiscrete loquitur*”, p. 754.

O quinto argumento identificado – relativo ao lugar paralelo com a tipicidade dos direitos reais, segundo o qual admitir a liberdade de celebração de promessas unilaterais resultaria em vínculos de conteúdo injusto do ponto de vista económico-social ou vinculações “ocultas” perigosas para um sistema estável baseado no princípio da segurança jurídica – também é facilmente torneável. Os limites impostos à autonomia privada no que toca ao objeto da promessa unilateral são os mesmos que se exigem aos contratos. Na mesma senda, o problema da ocultação de declarações negociais promissórias tanto vale para as estruturas formativo-discursivas monologais como para as dialogantes porquanto é tudo um problema de eficácia da declaração (artigo 224.º do CC); o mesmo se diga no que toca a eventuais problemas de forma (artigos 219.º e ss. do CC), dificuldades de prova¹¹⁹⁷ e interpretação do negócio jurídico.

Finalmente, para fechar a desconstrução das justificações acima apresentadas, voltemo-nos para a questão da ligeireza ou insegurança do promitente que não se apercebe “do alcance do seu ato” pois não existe na promessa unilateral como nos contratos, “uma fase negociatória”¹¹⁹⁸, argumento esse que se interliga com o denominado “argumento paternalista”. Convém referir a este propósito que no caso de propostas contratuais, a lei civil consagra o regime subsidiário da irrevogabilidade da proposta (artigo 230.º/1 do CC). Neste sentido, assim que esta se torna eficaz (artigo 224.º do CC), o proponente (*hic* promitente) nada pode fazer para impedir o direito potestativo de aceitação. A única possibilidade é emitir uma declaração negocial de retratação que chegue ao poder ou ao conhecimento do destinatário ao mesmo tempo que a proposta ou antes dela (artigo 230.º/2 do CC). Da mesma forma, se o declaratório da proposta a rejeitar num primeiro momento, mas aceitar num segundo, a aceitação só prevalece se for recebida ou conhecida pelo destinatário ao mesmo tempo que a rejeição ou antes

¹¹⁹⁷ Contra, ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 462; LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, p. 269, *apud* FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, I, p. 774.

¹¹⁹⁸ Citações da autoria de ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 462.

dela; a aceitação também pode ser revogada nos mesmos termos (artigo 235.º do CC)¹¹⁹⁹. O tempo para a *retratação*, quer da declaração promissória, quer da declaração da sua aceitação é extremamente curto para daí se concluir sobre as consequências do seu ato na fase negociatória. Salvo raras exceções muito específicas noutros ramos do Direito, não há no direito civil, direito ao arrependimento¹²⁰⁰. A isto acresce que nos contratos reais *quoad constitutionem* não se verifica juridicamente uma “fase negociatória”. O caso do mútuo civil (artigos 1142.º e ss. do CC) é bastante elucidativo¹²⁰¹: o mutuante entrega o capital mutuado e o contrato constitui-se sem prévia fase formativa. É verdade que na prática verificam-se conversações entre as partes que antecedem a concessão do mútuo, mas estas apenas são relevantes para efeitos de responsabilidade pré-contratual. Este período prévio também se aplicará, *mutatis mutandis*, na promessa unilateral através de diálogo com o beneficiário, ou mesmo sob a forma de monólogos internos do promitente: com exceção da coação física, tais processos psicológicos antecedem quaisquer atos performativos de linguagem aos quais a lei atribui o significado de declaração negocial (promissória).

O argumento paternalista requer um pouco mais de desenvolvimento. É outro preconceito injustificado baseado na ideia segundo a qual o ordenamento jurídico deve restringir a autonomia privada no sentido de evitar assunções obrigacionais discricionárias provavelmente fundadas numa ligeireza irrefletida¹²⁰². Para além das conclusões acima apresentadas e que desvanecem tal justificação, parece-me que esta questão é bastante interessante e mais complexa

¹¹⁹⁹ O artigo 235.º do CC invoca o conceito de “revogação” da aceitação ou da rejeição da proposta. Em bom rigor trata-se de uma retratação que constitui uma declaração negocial recetícia que visa impedir os efeitos de outra.

¹²⁰⁰ É no Direito do Consumo que o direito ao arrependimento mais se manifesta. Cfr. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, ponto 2.3.3.

¹²⁰¹ O contrato de mútuo tipificado nos artigos 1142.º e ss. do CC é sem dúvida um contrato real quanto à constituição, mas é genericamente aceite como negócio socialmente típico o mútuo consensual (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, p. 137; ver as várias teses e respetivas posições doutrinárias em MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, III, pp. 344 e ss.).

¹²⁰² Tal como parecem defender, entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 682-3; MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, III, pp. 267-8; ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, p. 462.

do que aparenta, tocando num dos elementos teleológicos da existência de um sistema jurídico. A tese paternalista aplicada ao direito privado corresponde à ideia de que o Direito deve encolher o espaço de liberdade das pessoas jurídicas, quer através de uma redução ideológica do conceito de autonomia privada, quer através da compressão do acervo de situações jurídicas ativas conferidas por essa autonomia privada (ou inerentes à própria pessoa humana¹²⁰³), contra a sua vontade, com fundamento de que esta tal ingerência é benéfica para a pessoa jurídica sem a qual se colocaria numa posição desprotegida. Embora com desenvolvimentos contemporâneos motivados pela corrente libertária da segunda metade do séc. XX, a ideia de paternalismo jurídico não é de todo recente. Já no séc. XVIII, BENTHAM, na sua obra *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, descrevia três tipos de leis: (i) as leis cuja função era proteger o indivíduo dos prejuízos (ou “harm”) causados por outras pessoas; (ii) as leis em que a finalidade era proteger o indivíduo dele próprio¹²⁰⁴; e (iii) as leis que obrigavam as pessoas a prestar assistência a outras (leis do “bom Samaritano”)¹²⁰⁵. Para BENTHAM, apenas as primeiras seriam legítimas. Às segundas, habitualmente se designam por “leis paternalistas” ou por “paternalismo jurídico”. Subjacente à ideia de paternalismo está uma relação familiar “*pater-filius*” como se o Direito tivesse ascendência familiar em relação aos indivíduos, o que legitimaria a prossecução dos melhores interesses destes como se um poder e dever funcional se tratasse. E no que toca à promessa unilateral em particular, o melhor interesse seria o de restringir a liberdade de celebração através de um princípio da tipicidade. Penso que a tese (originária) paternalista deve ser refutada no que toca ao direito

¹²⁰³ As teses paternalistas são tipicamente individualistas e antropocêntricas (cfr. FEINBERG, “Legal Paternalism”, pp. 105 e ss.; HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”, pp. 255 e ss.). A minha conceptualização é mais ampla abrangendo pessoas jurídicas não-singulares.

¹²⁰⁴ Aqui também se usa o conceito, bastante vago, de “harm” como indica HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”, p. 256.

¹²⁰⁵ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, *passim*.

civil em geral e à teoria do negócio jurídico, em particular¹²⁰⁶. Em primeiro lugar, julgo que paternalismo jurídico, por si só, é redundante e paradoxal como bem demonstra o seguinte silogismo: “os indivíduos não tomam as melhores decisões e, conseqüentemente, a Lei deve encaminhá-los; a Lei é feita pelo legislador; o legislador representa a vontade política dos indivíduos; logo, o legislador também não é capaz de tomar as melhores decisões”. Ainda que se presuma que consiga tomar as melhores decisões, o legislador deve – sim – regular os interesses dos indivíduos na forma menos restritiva possível da sua liberdade e autonomia, apenas tratando por diferente aquilo que realmente é diferente (paternalismo moderado¹²⁰⁷). E, na prática, o direito civil português fá-lo bem. O conceito e regime de capacidade e incapacidade jurídica – em especial, a possibilidade de se poder praticar de forma livre e pessoal atos jurídicos (capacidade de exercício) – é indicativo dos casos que devem estar sobre proteção do ordenamento jurídico: porque há uma patologia física ou psíquica, ou porque o processo natural de maturidade cognitiva assim o determina. Nestes casos, os incapazes são representados pelos respetivos tutores ou representantes legais, que – e porque são capazes de exercício – atuarão em nome e por conta do incapaz. Qualquer indivíduo com plena capacidade de exercício é livre e autónomo para poder optar por celebrar uma promessa unilateral em detrimento de um contrato unilateral, caso as circunstâncias concretas permitirem tal opção. Não deve ser a lei a impor restrições com o fundamento da ligeireza e da irreflexão, especialmente através do instituto da ineficácia do ato. Ao longo de toda a maiêutica deste ponto tenho vindo a demonstrar que a hipótese da vinculação unilateral é especialmente útil e benéfica para a prossecução dos interesses dos sujeitos envolvidos como de terceiros. Se a pessoa capaz é livre e autónoma para dispor da titularidade do direito de propriedade, para renunciar a certos direitos de personalidade (com os

¹²⁰⁶ Não deixa de ser curioso verificar que o paternalismo jurídico nasce no apogeu iluminista, nas teses individualistas, laicas e voluntaristas; contudo, transferiu a conceção da relação “*pater-filius*”, de vertente cristã, para a ordem jurídica.

¹²⁰⁷ HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”, pp. 256-7.

limites imposto pelo artigo 80.º do CC), para doar, em especial, para doar unilateralmente sobre a forma de atos translativos abstratos, para conceder um benefício a favor de terceiro, para atribuir um direito potestativo ao destinatário de uma proposta, para abandonar uma coisa, para atribuir unilateralmente uma hipoteca, então pelo mesmo motivo será livre e autónoma para querer vincular-se unilateralmente. Não há razão lógica, filosófica, moral, económica, linguística, nem tão-pouco jurídica para que assim não seja.

Como se verá em seguida, não proponho uma abertura indiscriminada à hipótese da promessa unilateral como fonte hegemónica e primária de obrigações em detrimento do contrato¹²⁰⁸, apenas alargo a amplitude do seu espectro atual baseando-me em todas as conclusões que procurei retirar da análise à história das ideias promissórias, à noção, papel e lugar da promessa no direito civil, aos certos negócios unilaterais e, em último lugar, à apresentação de contra-argumentos contra o princípio geral do artigo 457.º do CC e o dogma do *consensus*.

3. PROPOSTA

É impossível fugir ao princípio geral do artigo 457.º do CC. Interpretações ab-rogantes como a de GRAZIANI¹²⁰⁹ devem ser evitadas a todo o custo por uma questão de certeza jurídica e respeito pelo direito constituído, e interpretações restritivas como a de MENEZES CORDEIRO¹²¹⁰, embora tentadoras e perfeitamente acolhíveis, não são possíveis face a um princípio geral que, neste caso, não sofre de alguma patologia crónica: não contraria normas constitucionais nem princípios

¹²⁰⁸ Até aos anos noventa do séc. XX ninguém o fez (FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 775) e isso perdura até aos dias que correm.

¹²⁰⁹ “La promessa unilaterale”, p. 667.

¹²¹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII, pp. 682-3.

fundamentais do direito civil. O problema está, sim, nos fundamentos desses mesmos vetores da teoria do negócio jurídico.

A interpretação do artigo 457.º do CC deve ser a de que a promessa unilateral de uma prestação só obriga o declarante nos casos previstos na lei. Duas observações. A primeira para referir que “prestação” não se circunscreve apenas ao dever primário de prestar, mas abrange outros deveres secundários, tais como deveres acessórios de conduta, que se encontram intimamente relacionados com o dever de prestar. A segunda, para mencionar que a expressão “casos previstos na lei” deve ser interpretada conforme os princípios gerais do Direito e, nesse sentido, deve ser entendida como “casos permitidos pelo ordenamento jurídico”, onde se incluem outras fontes para-legais como o costume¹²¹¹. Sem prejuízo, os tipos legais são de conteúdo aberto.

Quanto ao direito a constituir, o objetivo seria ultrapassar o preconceito do paradigma do contrato e o papel secundário ou de “parente pobre¹²¹²” da promessa unilateral demonstrando ser possível, adequado e preferível o recurso a esta figura em determinadas circunstâncias em detrimento do contrato unilateral de fonte obrigacional.

O regime não pode mudar abruptamente pois os paradigmas não se alteram do dia para a noite. Penso que o primeiro passo a dar deve ser o da promoção de uma verdadeira teoria geral do negócio jurídico na Parte Geral em substituição de uma teoria geral do contrato que é, infelizmente, a que vigora. As matérias relativas à perfeição da declaração negocial, à integração do negócio jurídico, às declarações não sérias, ao erro na declaração – nomeadamente no que toca à validação do negócio –, ao erro sobre os motivos, ao dolo, à condição e ao termo,

¹²¹¹ O argumento é simples. O costume é fonte de Direito. Em caso algum a CRP atribui à lei, o equivalente a uma espécie de *compétence de la compétence*. Aliás, o artigo 8.º da CRP indica sem contestação que normas consuetudinárias de direito internacional são parte integrante do direito português. A lei – em especial a lei em sentido estrito – sendo ela uma fonte de Direito, não pode ditar quais as outras fontes (para um resumo sobre a admissibilidade do artigo 1.º do CC, CAMPOS, in *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, pp. 27 e ss.).

¹²¹² FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*, II, p. 771.

às invalidades do negócio jurídico, entre outras, deveriam ser revistas de modo a incluir referências aos negócios unilaterais (em geral).

Para além disso, o modelo “proposta-aceitação” não deve ser o único modelo previsto. A larga maioria dos modelos formativos dos contratos é feita através de declarações contratuais conjuntas. A este facto acresceria outrossim uma pequena regulação de questões formativas associadas à promessa unilateral como fonte de obrigações. A título exemplificativo, e sem prejuízo da contra-argumentação acima apresentada, se o argumento da dificuldade de prova, da incerteza jurídica, da vinculação oculta das promessas unilaterais singrasses, poder-se-ia conceber um regime jurídico muito próximo à (ao¹²¹³) *deed* anglo-saxónica que vimos ser a única hipótese no direito inglês e norte-americano de se efetuarem promessas unilaterais sem *consideration*¹²¹⁴. A *deed* é um documento nos termos do qual está inscrita uma promessa. O terceiro recebe o benefício independentemente do seu conhecimento¹²¹⁵. Durante muito tempo a sua validade dependia da autenticidade do documento (*under seal*), mas hoje em dia, entre particulares, basta a assinatura do promitente, a presença de uma testemunha se for assinada por aquele ou duas testemunhas se for em sede de representação, e a entrega da declaração ao destinatário¹²¹⁶. O documento tem força executiva. E o regime do artigo 458.º do CC não lhes seria aplicável: não é um reconhecimento de dívida, porque o negócio não é declarativo (recongnitivo) mas sim performativo; não é uma promessa de cumprimento de causa presumida porque ou é abstrato – situação a discutir noutra sede – ou a causa viria indicada no texto. A amplitude do conteúdo da prestação não deve ser restringida. Quando a função económico-social fosse a liberalidade, em algumas situações seria uma boa forma de contornar alguns problemas associados à promessa de doar que por vezes perturba os juristas.

¹²¹³ O neutro inglês impossibilita a efetiva adoção de um género feminino ou masculino. Optarei pelo feminino.

¹²¹⁴ Vide TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 3, §§170 e ss.; CORBIN, *On Contracts*, §256.

¹²¹⁵ *Hall v. Palmer* (1844) 3 Hare 532; *Macedo v. Stroud* [1922] 2 A.C. 220.

¹²¹⁶ TREITEL, *The Law of Contract*, Cap. 3, §170.

Esta hipótese é uma solução de compromisso adequada a responder prontamente àquelas inquietações doutrinárias.

Quanto à reformulação do artigo 457.º do CC, talvez numa primeira fase fosse preferível clarificar a abertura de conteúdo a tipos abertos e assim consolidar e enraizar cada vez mais a promessa unilateral como alternativa ao contrato (em certos casos). Uma fórmula possível seria a seguinte: “nos casos admitidos pela lei e pelo costume, e dentro dos limites fixados para o conteúdo dos negócios jurídicos, a parte tem a faculdade de fixar livremente o conteúdo da promessa unilateral”. Este elemento já resulta do artigo 398.º/2 do CC, mas a finalidade será reforçar a promessa unilateral como fonte de obrigações equiparando-a ao contrato, e não como caso-exceção. Talvez num segundo momento se pudesse pensar em abrir ainda mais a amplitude de promessas unilaterais admissíveis, através da sua tipificação ou mero reconhecimento de admissibilidade.

Admitir a plena liberdade de celebração ou de estipulação da promessa unilateral tal como resulta do “*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*” do artigo 405.º do CC, é arriscado tendo em conta o plano dogmático-jurídico e panorama fático-sociológico atual. Pode ser, isso sim, uma finalidade utópica que levará os juristas em busca de uma sociedade mais confiante na força e no poder da palavra (e da promessa). Mas o tempo ainda não chegou e temo que alguma vez chegue.

O problema da vinculação unilateral não é, portanto, uma questão fechada. Nunca foi, nem nunca será. O *melhor* Direito no espaço-tempo atual poderá não corresponder estrutural e dogmaticamente ao *melhor* Direito noutra local e altura. Uma coisa é certa: enquanto houver relações inter-subjetivas – sejam horizontais, verticais, cibernéticas ou quânticas¹²¹⁷ – haverá sempre promessas. E, na medida

¹²¹⁷ Em 2014, BERGSTRÄ e BURGESS apresentaram uma teoria da promessa inovatória, baseada em formulações lógico-dedutivas (pese embora os autores reconheçam no prefácio que aplicações lógicas na promessa não demonstram ser satisfatórias), muitas vezes matematicamente abstratas, nos termos da qual pretendem descrever os fundamentos e as aplicações da promessa na prática (desde relações familiares, a relações jurídicas, ou mesmo relações cibernéticas); neste âmbito,

em que estas se manifestam na ordem jurídica através de declarações negociais, o Direito terá de as acolher no sistema. O respeito pela palavra dada e pelo compromisso assumido é o valor mais profundo de um regime (mais) aberto a vinculações unilaterais¹²¹⁸. Figurativamente, a promessa unilateral é uma espécie de “palafrém” do negócio jurídico obrigacional: não é cavalo de batalha, mas fica sempre bem em desfiles; é cómodo, previsível, ágil, mas educado. No mesmo sentido, a promessa unilateral apresenta-se como um mecanismo jurídico, sociológico e religioso milenar, servindo múltiplos propósitos, sendo útil, célere, funcional – mas sobretudo, ela é forma mais pura do valor mágico do *verbum*.

para o autores, promitente (*agent*) pode ser qualquer “agente inanimado”, onde se incluem máquinas de processamento de informação (*Promise Theory*, p. 24).

¹²¹⁸ O desvalor da ineficácia da promessa unilateral em detrimento da sua nulidade a que me referi no Cap. III, ponto 1.2. é um ponto de partida que o ordenamento jurídico nos dá. Outro elemento muito interessante é o próprio regime do perdão de dívida que, tendo natureza contratual, parece querer indicar que o devedor que se vinculou à prática de um ato futuro e incerto, *quer* cumprir; ou seja, quer ser fiel à sua palavra (*promise-keeping*).

SÍNTESE CONCLUSIVA

Segue-se uma síntese sistemática e não-exaustiva de algumas das mais relevantes conclusões que foram tiradas ao longo da dissertação. A identificação do local é feita com referência ao Capítulo e ao ponto em que cada uma se insere.

I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IDEIAS PROMISSÓRIAS

- i. A História das ideias promissórias é transversal à promessa unilateral e ao contrato como fontes de obrigações.
- ii. A génese da promessa unilateral remonta ao direito romano, visível em quatro figuras: *pollicitatio*, *votum*, *dotis dictio* e *promissio iurata liberti*.
- iii. No direito intermédio o problema da eficácia de promessas sem aceitação relacionava-se com a temática dos *pacta nuda* (promessas sem *causa*).
- iv. A escolástica salamanquina, os canonistas medievais e alguns renascentistas foram os primeiros juristas a defender a validade e eficácia de promessas unilaterais, nos termos das quais se destacam o *votum*, a *petitio praemii inventionis*, a promessa *ad causas pias* e a promessa *ad nuptias vel propter nuptias*.
- v. No direito medieval inglês, o direito eclesiástico, a *equity* e o direito mercantil permitiam vinculações unilaterais.
- vi. A promessa unilateral como fonte de obrigações sofre períodos antagónicos de ascensão e de queda no direito inglês, sendo esta última perpetrada fundamentalmente pela *contract law* baseada na *doctrine of consideration*.
- vii. Foi o jusnaturalismo racionalista que fundou o dogma do *consensus*, ainda que entendesse a promessa como a transferência de uma partícula de liberdade dos indivíduos.

- viii. No ordenamento jurídico escocês, a posição de STAIR no sentido de atribuir eficácia à promessa unilateral como fonte de obrigações manteve-se até hoje inalterada.
- ix. A revolução pandectista alemã que contaminou os ordenamentos jurídicos de *civil law*, apoiada no princípio do contrato, no dogma do *consensus*, e numa desconfiança generalizada face à promessa unilateral, culminou com a adoção, nalguns sistemas (em que são paradigmáticos os direitos italiano e português) de um princípio de tipicidade dos negócios unilaterais.

II – PARA UMA SIMPLES TEORIA DA PROMESSA

- i. O conceito jurídico de promessa tanto se refere à declaração promissória, como ao negócio promissório ou à função eficiente (2.2).
- ii. A promessa é um ato performativo e auto-constatativo (2.2).
- iii. A busca pelo ato de aceitar uma declaração promissória só é um efeito perlocutório da promessa se o promitente o desejar ou o ordenamento jurídico o impuser, não decorrendo diretamente da sua natureza (2.3).
- iv. A aceitação não tem natureza promissória (2.3).
- v. Ao contrário do direito português, no direito inglês, a unilateralidade do “negócio obrigacional” não se encontra associada à ideia de uma parte, mas sim à ideia de uma só promessa (2.3).
- vi. As “promessas negativas” são uma impossibilidade lógica (2.4).
- vii. Quando o valor do silêncio é convencionalmente admitido, a promessa nasce no momento da aquiescência quanto aos efeitos positivos desse valor (2.4).
- viii. No contrato a favor de terceiro, a promessa feita perante o disponente ao beneficiário é uma promessa unilateral; há uma correspondência funcional entre a relação de cobertura e a relação de execução (2.5.3).

- ix. Promissário e beneficiário (da promessa) são figuras equivalentes, sem prejuízo do disposto a favor da *stipulatio alteri*: a ideia de beneficiário recai sobre os efeitos da promessa e sobre o ato prometido; a ideia de promissário relaciona-se com a incidência subjetiva da promessa (2.5.3.).
- x. A declaração do representante que atua em nome do promitente comporta uma vertente expressa e uma vertente implícita: aquela consiste num ato dotado de auto-constatatividade e performatividade reflexiva; nesta, reside o efeito performativo da promessa, sem prejuízo de ser, também ela, auto-constatativa (2.5.4).
- xi. Ao contrário do direito alemão, no direito português é permitida a representação sem poderes no âmbito da promessa pública e noutros casos de promessas unilaterais admitidas (2.5.4).
- xii. A auto-promessa é uma situação de esquizofrenia subjetiva: quando originária, é conceptualmente absurda e juridicamente inadmissível; quando é derivada, são promessas quase-ficcionais e o ordenamento jurídico português contém mecanismos adequados que regulam, por um lado, a situação de equivalência subjetiva e que, por outro lado, protegem os interesses de terceiros, como é o caso da figura da confusão (2.5.5).
- xiii. O problema da sinceridade da promessa é tanto um problema dos fundamentos da constituição da obrigação promissória como uma questão irrelevante no quadro da teoria do negócio jurídico; a sua relevância apenas importa para proteção de declaratório, do promissário ou de terceiros (2.5.6).
- xiv. O paradoxo de MOORE não responde ao problema da sinceridade da promessa (2.5.6).
- xv. Não existe auto-vinculação de ato de terceiro (2.6.3).
- xvi. O ato prometido é um ato pessoal, futuro, incerto, e presumivelmente desejado pelo beneficiário (2.6).

- xvii. O reforço de promessa é inoperante para a ordem jurídica, salvo se constar de um negócio abstrato (2.6.4).
- xviii. Para o Direito, no quadro da teoria da promessa, o conceito de “benefício” deve apenas ser entendido no sentido da atribuição patrimonial na esfera jurídica do beneficiário que decorre da aquisição do direito à prestação debitória (2.6.5).

III – A PROMESSA UNILATERAL COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES NO DIREITO CIVIL

- i. O princípio do *numerus clausus* da promessa unilateral, mais do que um anacronismo injustificado, é uma imposição do dogma do *consensus* que resulta de uma luta dogmática, laica e voluntarista contra teses humanísticas, canonistas e salamanquinas (1.1).
- ii. O artigo 457.º do CC apenas prevê tipos abertos. Essa “tipicidade” não deve ser concebida como ferramenta limitadora de conteúdos, mas sim um mecanismo delimitador de estruturas negociais (1.1).
- iii. O desvalor previsto pelo artigo 457.º do CC é a ineficácia jurídica; a promessa unilateral não admitida pelo ordenamento apenas com base neste preceito consagra todos os elementos de conformidade ontológica com os princípios gerais do negócio jurídico (1.2).

RECONHECIMENTO DE DÍVIDA E PROMESSA DE CUMPRIMENTO

- iv. O reconhecimento de dívida é um ato unilateral jurídico-declarativo não recetício que consagra um enunciado auto e hétero-constatativo; por conseguinte, não compreende força ilocutória de prometer (2.1.2).

- v. A falsidade ou erroneidade da declaração contida no reconhecimento de dívida não importa a sua invalidade, mas apenas ineficácia, podendo dar origem a uma obrigação de indemnização (2.1.2).
- vi. O reconhecimento negativo de dívida é um simples ato unilateral jurídico-declarativo que compreende um enunciado constatativo de natureza recetícia (2.2.2).
- vii. Face ao direito constituído, a remissão de dívida não pode operar unilateralmente (2.2.2).
- viii. A promessa de cumprimento regulada pelo artigo 458.º do CC compreende um enunciado auto e hétero-constatativo, e é dotada de performatividade aparente (2.1.3/A e B).
- ix. A promessa de cumprimento, amplamente considerada, não significa “prometer cumprir” porque o cumprimento pertence ao plano meta-factual (2.1.3/B).
- x. Os efeitos jurídicos previstos pelo artigo 458.º/1 do CC são, por um lado, concreta e diretamente adjetivos e, por outro, abstrata e indiretamente materiais (2.1.3/C).
- xi. A promessa de cumprimento imprópria é aquela em que o objetivo pretendido é regular situações de incerteza, indicando-se no texto, a causa-fonte; pode ser unilateral ou resultar de contrato, situação em que se aplica o regime da transação por analogia (2.1.3/D).
- xii. A promessa de cumprimento própria é aquela em que o texto não indica a causa-fonte, que se presume até prova em contrário (2.1.3/D).
- xiii. O conceito de promessa de cumprimento é um conceito mais amplo do que aquele que está regulado pelo artigo 458.º do CC; este artigo aplica-se às promessas de cumprimento de causa presumida e não às abstratas, quando admissíveis (2.1.3/D).
- xiv. A promessa de cumprimento só tem natureza de promessa unilateral quando pura e admissível (2.1.3/D).

PROMESSA PÚBLICA

- xv. A promessa pública nasce como forma de prossecução do interesse público (2.2.2).
- xvi. A promessa pública é um esquema abstrato nos termos do qual se podem integrar diversas funções económico-sociais como a troca, a liberalidade e a garantia; e, por ser uma promessa, apenas tem eficácia obrigacional (2.2.4).
- xvii. A particularidade da promessa pública face à tradicional ideia de promessa é a de que a pessoa do beneficiário é concretamente indeterminada, mas abstratamente determinável (2.2.5/A).
- xviii. A pré-indefinição do beneficiário que é característica da promessa pública resulta exatamente do seu carácter *público*; mas o alcance semântico deste adjetivo compreende duas vertentes: a primeira relaciona-se com o *modus declarandi*; a segunda assenta na não-identificação da contraparte do vínculo a constituir (2.2.5/A).
- xix. A indeterminação do beneficiário da promessa pública reconduz-se à ideia de que o mesmo se encontra abstratamente incluso num conjunto pré-definido independentemente da natureza geral ou específica do público-alvo (2.2.5/A).
- xx. Quando há impossibilidade genética determinativa, a promessa pública é nula nos termos do artigo 511.º do CC (2.2.5/A).
- xxi. Na promessa pública, a indeterminação do credor respeita apenas e só ao texto da declaração promissória em termos subjetivamente aferidos pelo promitente; a indeterminação do beneficiário é um paradigma fixo que não opera em função da circunstância tempo, mas sim em função do fator cognoscibilidade (2.2.5/A).

- xxii. Os factos e a situação previstos podem reportar-se a qualquer momento temporal, ainda que passado, desde que haja desconhecimento do promitente quanto à identidade concreta do beneficiário (2.2.5/A).
- xxiii. A *situação mínima* da promessa pública é aquela em que o conjunto de potenciais beneficiários se resume apenas a duas pessoas (2.2.5/A e C).
- xxiv. A condição de determinabilidade não deve ser entendida como uma condição em sentido próprio; é possível a coabitação do regime da promessa pública com a aposição de uma condição suspensiva dos seus efeitos; esta segunda condição toca na exigibilidade da prestação e não na determinação do beneficiário (2.2.5/A e E).
- xxv. Intencionalidade implica cognoscibilidade, mas o oposto não configura uma asserção necessariamente verdadeira (2.2.5/B).
- xxvi. A inidoneidade do meio anunciativo da promessa pública não gera invalidade; a ausência de publicidade não deve ser confundida com inadequação do meio anunciativo: aquela constitui um paradigma fixo da promessa pública, esta, apenas um modo comunicacional específico (2.2.5/C).
- xxvii. Não é inválida nem ineficaz a declaração promissória pública que não determine a natureza e o objeto da prestação (2.2.5/D).
- xxviii. O ato prometido numa promessa pública pode consistir na obrigação de emissão de uma declaração negocial (2.2.5/D).
- xxix. É possível a promessa pública de uma prestação a quem doe a favor de outrem (2.2.5/E).
- xxx. A promessa pública, na vertente recompensatória, não admite representação (2.2.5/E).
- xxxi. Os casos de publicidade só constituem promessas públicas se os factos ou situação previstos não exigirem a constituição de um negócio bilateral com o declarante negocial (2.2.5/E).

- xxxii. O direito à revogação da promessa pública tem natureza de direito potestativo; o promitente pode renunciar a esse direito (2.2.6).
- xxxiii. No artigo 461.º/2 do CC, onde se lê que “(...) a revogação não é eficaz, (...) se a situação prevista já se tiver verificado ou o facto já tiver sido praticado”, deve entender-se que é ineficaz apenas e só perante aqueles que tiverem praticado o facto ou sobre aqueles que se tenham colocado na situação prevista (2.2.6).
- xxxiv. Uma vez constituída a obrigação que tenha a sua fonte numa promessa pública, o promitente apenas poderá extingui-la através do cumprimento ou de outras causas extintivas das obrigações, nomeadamente a remissão de dívida que tem natureza contratual (2.2.6).
- xxxv. A justa causa de revogação de uma promessa pública não assenta na impossibilidade de prática da ação identificada ou da verificação da situação prevista (impossibilidade material), mas sim na impossibilidade da realização da finalidade prevista pelo promitente ou na inutilidade superveniente da prestação prevista, ainda que a prática do ato ou a verificação da situação previstas sejam materialmente possíveis (impossibilidade jurídica) (2.2.6).
- xxxvi. O potencial beneficiário de uma promessa pública tem apenas uma expectativa jurídica; caso haja revogação da promessa antes da verificação da condição de determinabilidade, apenas serão ressarcidos aqueles que tenham atendido à promessa – não bastando o mero conhecimento –, e por isso, tenham praticado atos no sentido de se colocarem na posição de beneficiário efetivo (2.2.6).
- xxxvii. Cooperação intersubjetiva não significa pluralidade de beneficiários autónomos, sem prejuízo de ambos os conceitos poderem operar em simultâneo; a promessa pública é uma só, independentemente do número de potenciais ou efetivos beneficiários (2.2.7).

- xxxviii. O elo obrigacional estabelecido por força de uma promessa unilateral está sujeito a um processo consolidativo; no caso especial da promessa pública, verificam-se três fases distintas: a fase da constituição do vínculo, a fase da aquisição do direito à prestação; e a fase reativa; estas fases são condicionais e podem ser concomitantes (2.2.8).
- xxxix. A adesão corresponde a um poder de conformação da situação jurídica obrigacional e é um ato renunciativo ao direito de recusa; a recusa é um direito potestativo cujos efeitos são a preclusão da possibilidade de adesão e a destruição *ex tunc* da situação jurídica obrigacional constituída (2.2.8).

IV – PROMESSA UNILATERAL E AUTONOMIA PRIVADA

- i. A promessa é universal e transversal às ordens normativas; é mais antiga do que o sistema jurídico (1).
- ii. É através do poder e da magia da palavra, em sentido amplo, que a auto-vinculação nasce, e é a ideia de honra e de compromisso assumido que a mantém firme (1).
- iii. A promessa unilateral passou por múltiplas apreciações doutrinárias que resultaram numa desconsideração genérica pela sua utilidade e eficácia enquanto fonte autónoma de obrigações; o sistema jurídico apresenta-se como fechado e descrente (1).
- iv. O princípio *invito beneficium non datur* é um princípio anacrónico que emerge de uma tensão de forças que pode ser facilmente acautelada através da concessão de um direito de recusa de modo a que o beneficiário possa impedir a exigibilidade da prestação, mas não a atribuição patrimonial (2.2).
- v. A intangibilidade da esfera jurídica alheia encontra, no direito constituído, múltiplos exemplos que claramente evidenciam que não é um princípio absoluto (2.2).

- vi. O sistema atual é descompensado face ao paradigma do contrato e ao dogma do *consensus*; tal desequilíbrio não só é visível na brecha aberta pela *stipulatio alteri*, mas também noutras circunstâncias como por exemplo a aquisição de direitos reais menores de garantia (2.2).
- vii. O espaço de liberdade no âmbito da autonomia privada que o ordenamento jurídico concede às pessoas no que toca às suas relações com as coisas, ainda que sob a égide do princípio da tipicidade dos direitos reais, parece ser mais amplo do que o espaço atribuído às mesmas no que toca a relações meramente obrigacionais (2.2).
- viii. Os diferentes graus de afetação de direitos patrimoniais de múltiplas naturezas na relação direta *pessoa↔pessoa* ou na relação indireta *pessoa↔coisa↔pessoa*, quer através da atribuição de direitos reais menores de garantia, quer através de alguns modos aquisitivos do direito de propriedade, evidenciam que o ordenamento jurídico consegue conceber, e admitir, ingerências voluntárias na esfera jurídica alheia (2.2).
- ix. Um regime jurídico mais aberto à liberdade de celebração de promessas unilaterais desfuncionaliza alguns contratos unilaterais de eficácia obrigacional presos pelo dogma do *consensus* (2.2).
- x. A promessa unilateral é útil e célere, permitindo melhores alocações de recursos e compatibilização dos interesses em causa, quando comparada com o contrato unilateral obrigacional (2.2).
- xi. O protecionismo (ou paternalismo) jurídico (assente na proteção das pessoas relativamente ao mal que, no exercício das respetivas autonomias, possam causar a si mesmas) apenas se justifica, na lógica geral do nosso sistema jurídico, em casos muito restritos (nomeadamente para efeitos de proteção de pessoas jurídicas singulares que não têm plena capacidade de exercício ou em outros casos de especial vulnerabilidade ou desproporção de posições); não deve ser utilizado como argumento para obstar, em geral, à celebração de promessas unilaterais feitas por qualquer pessoa (2.2).

- xii. Os argumentos habitualmente apresentados pela doutrina que justificam o princípio do contrato e a adoção de um regime-exceção da promessa unilateral como fonte de obrigações – alguns dos quais assentando em anacronismos infundados – parecem insuficientes e facilmente contornáveis (2.1 e 2.2).
- xiii. É possível a coabitação de um regime jurídico nos termos do qual a promessa e o contrato aparecem, lado a lado, como fontes de obrigações jurídicas (3).
- xiv. Na medida em que se procura uma alteração paradigmática, o processo de adoção do modelo equilibrado de fontes obrigacionais referido no ponto anterior deve ser gradativo (3).
- xv. Um sistema jurídico em que a promessa unilateral é aceite como fonte autónoma de obrigações corresponde ao prolongamento natural de um sistema social eticamente avançado, nos termos do qual o valor e o respeito pela palavra dada e pelo compromisso assumido são elementos-chave na intercomunicabilidade entre as pessoas (3).

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO¹²¹⁹

AAVV – A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence (ENRICO PATTARO, HUBERT ROTTLEUTHNER, ALEKSANDER PECZENIK, ROGER SHINER, GIOVANNI SARTOR ed.), vol. I, Dordrecht, Springer Science & Business Media, 2005 (AAVV, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*)

An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law, Edinburgh, The Stair Society, 1936 (AAVV, *An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*)

Bíblia Sagrada (em português corrente), ed., Franciscanos Capuchinhos, Coimbra, Difusora Bíblica, 1996 (AA.VV., *Bíblia Sagrada*)

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht (HEINRICH HONSELL, NEDIM VOGT, WOLFGANG WIEGAND ed.), 3.^a ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003 (AAVV, *Basler Kommentar*)

Comentário ao Código Civil – Parte Geral, Lisboa, UCP, 2014 (AAVV, *Comentário ao Código Civil*)

Commentario al codice civile – art. 1987-2042 (PAOLO CENDON ed.) Milano, Giuffrè, 2009 [AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1987-2042* (PAOLO CENDON ed.)]

Commentario al codice civile. Art. 1703-1765 (PAOLO CENDON ed.) Milano, Giuffrè, 2009 [AAVV, *Commentario al codice civile – art. 1703-1765* (PAOLO CENDON ed.)]

Contracts for a Third-Party Beneficiary: a Historical and Comparative Account (JAN HALLEBECK, HARRY DONDORP ed.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2008 (AAVV, *Contracts for a Third-Party Beneficiary*)

Diritto civile (ANDREA ZOPPINI, coord.), III-I, Milano, Giuffrè, 2009 (AAVV, *Diritto civile*)

Enciclopedia del diritto (SANTORO-PASSARELI ed.), Milano, Giuffrè, 1988 (AAVV, *Enciclopedia del diritto*, SANTORO-PASSARELI ed.)

Fundamentals of American Law, (ALAN B. MORRISON ed.), New York, NYU School of Law, 1994 (AAVV, *Fundamentals of American Law*)

La giurisprudenza sul codice civile coordinata com la dottrina (CESARE RUPERTO ed.), vol. IV, Milano, Giuffrè, 2011 (AAVV, *La giurisprudenza sul codice civile*)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, 6.^a ed., München, C. H. Beck, 2012 (*Münchener Kommentar*, I)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, 5.^a ed., München, C. H. Beck, 2007 (*Münchener Kommentar*, II)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, 3.^a ed., München, C. H. Beck, 1997 (*Münchener Kommentar*, IV)

¹²¹⁹ A identificação dos autores começa sempre pelo último apelido, ainda que composto. As obras coletivas (AAVV) estão identificadas por ordem alfabética; sempre que haja mais do que um autor, a referência começa pelo último nome do primeiro autor; sempre que haja mais do que uma obra por autor(es), a identificação segue a ordem cronológica do mais antigo ao mais recente.

New Perspectives in Scottish Legal History (A. KIRALFY, H. L. MACQUEEN ed.) Bournemouth, Bourne Press, 1984 (AAVV, *New Perspectives in Scottish Legal History*)

Novo Dicionário Lello da Língua Portuguesa, Porto, Lello, 1999 (*Novo Dicionário da Língua Portuguesa*)

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 72.º ed., München, C. H. Beck, 2013 (PALANDT, *BGB Kommentar*)

The UNIDROIT Principles in Practice: Case law and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (MICHAEL JOACHIM BONELL ed.), 2.ª ed., Martinus Nijhoff, 2006 (AAVV, *The UNIDROIT Principles*)

ACCURSIUS, Francesco – *Magna Glosa*, Bologna, 1220-50 (ACCURSIUS, *Magna Glosa*)

ADDISON, Charles Greenstreet – *A Treatise on The Law of Contracts*, vol. II, New York, James Cockcroft & Co., 1876 (ADDISON, *Treatise*)

AHRENS, Heinrich – *Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie nach dem gegenwärtigen Zustand dieser Wissenschaft in Deutschland*, Wien, Braunschweig Westerman, 1846 (AHRENS, *Das Naturrecht*)

ALBERTARIO, Emilio – *La pollicitatio*, Milano, Vita e pensiero, 1928 (ALBERTARIO, *La pollicitatio*)

ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de – “Dotis Dictio. Iusiurandum Liberti”, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje al Professor José Luis Murga Gener* (coord.: FRANCISCO JAVIER SERRANO), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 481 e ss. (DE ALBORNOZ, “Dotis Dictio. Iusiurandum Liberti”)

ALDAZ, Carlos Martinez de Aguirre y – “La promesa pública de recompensa en el

Derecho comparado”, in 257 *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, pp. 789 e ss. (MARTINEZ DE AGUIRRE, “La promesa pública de recompensa”)

ALLEN, Reginald E. – *Socrates and Legal Obligation*, University of Minnesota Press, 1980 (ALLEN, *Socrates and Legal Obligation*)

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vols. I e II, Coimbra, Almedina, 1992 (FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado*)

“Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, pp. 291 e ss. (FERREIRA DE ALMEIDA, “Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento”)

Os Direitos dos Consumidores, Coimbra, Almedina, 1982 (FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Direitos dos Consumidores*)

Contratos II, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012 (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*)
Contratos I, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013 (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*)
Contratos III, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013 (FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*)

ÁLVAREZ, Elena López – “Performance Speech Acts Verbs in Present Day English”, in 16 *Interlingüística*, 2, 2005, pp. 685 e ss. (ÁLVAREZ, “Performance Speech Acts Verbs”)

ALVIM, Agostinho – *Da Doação*, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980 (ALVIM, *Da Doação*)

AMES, James Barr – “The History of Assumpsit”, in 2 *Harvard Law Review*, 1, 1888, pp. 1 e ss. (AMES, “The History of Assumpsit”)

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I-II, 2003 (DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral*)

ANSON, William Reynell, *Principles of the English Law of Contract* (anotação e edição de JEROME R. KNOWLTON), Chicago, Callaghan and Co., 1887 (ANSON, *Principles*)

ANTUNES, José Engrácia – *Títulos de Crédito – uma introdução*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009 (ENGRÁCIA ANTUNES, *Títulos de Crédito*)

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo – *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1973 (ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*)

ÁRDAL, Páll S. – “Ought we Keep Contracts Because They Are Promises”, in *4 Valparaiso University Law Review*, vol. 17, 1983, pp. 655 e ss. (ÁRDAL, “Ought we Keep Contracts Because They Are Promises”)

ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*, 350 a.C. (ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*)

ARMSTRONG, David Malet – “Meaning and Communication”, in *80 The Philosophical Review*, 1951, pp. 427 e ss. (ARMSTRONG, “Meaning and Communication”)

ARNOLD, Morris S. – “Transcending Covenant and Debt”, in *85 Yale Law Journal*, 7, 1976, pp. 990 e ss. (ARNOLD, “Transcending Covenant and Debt”)

ASCENSÃO, José de Oliveira – *A tipicidade dos direitos reais*, Lisboa, Minerva, 1968 (OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*)
Direito Civil – Teoria Geral, vol. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003 (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral*, II)

ASCOLI, Alfredo – “La pollicitatio”, in *Scritti dela facoltà giuridica di Roma in onore di A. Salandra*, Milano, 1928, pp. 217 e ss. (ASCOLI, “La pollicitatio”)

ASTONE, Antonino – *Contratto, negozio, regolamento. Contributto allo studio del negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè, 2008 (ASTONE, *Contratto, negozio, regolamento*)

ASTUTI, Guido – *Il contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1952 (ASTUTI, *Il contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*)

ATYIAH, Patrick S. – *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979 (ATYIAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*)

Promises, Morals and Law, Oxford, Oxford University Press, 1981 (ATYIAH, *Promises, Morals and Law*)

Essays on Contract, Oxford, Clarendon Press, 1988 (ATYIAH, *Essays on Contract*)

An Introduction to the Law of Contract, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 1990 (ATYIAH, *An Introduction to the Law of Contract*)

AUSTEN-BAKER, Richard – *Implied Terms in English Contract Law*, 2.^a ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017 (AUSTEN-BAKER, *Implied Terms in English Contract Law*)

AUSTIN, John – “Performative utterances” in *Austin, Philosophical Papers* (ed. J. O. URMSON e G. J. WARNOCK), Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 220 e ss. (AUSTIN, “Performative utterances”)

“Performative-constative” in *The Philosophy of Language* (JOHN SEARLE ed.), Oxford, Oxford University Press, 1971, pp. 13 e ss. (AUSTIN, “Performative-constative”)

How to do things with words, 2.^a ed. (J. O. URMSON e MARINA SBISÀ ed.), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1975 (AUSTIN, *How to do things with words*)

AYRES, Ian; KLASS, Gregory – *Insincere Promises – The Law of Misrepresented Intent*, New Haven, Yale University Press, 2005 (AYRES, KLASS, *Insincere Promises*)

BAKER, John Hamilton – “The Origins of the ‘Doctrine’ of Consideration and the Theory of Contract”, in *On the Laws and Customs of England. Essays in Honor of Samuel E. Thorne* (MORRIS S. ARNOLD et al. ed.), Chapel Hill, University of North

Carolina Press, 1981, pp. 361 e ss. (BAKER, “The Origins of the ‘Doctrine’ of Consideration and the Theory of Contract”) *BAKER and MILSOM Sources of English Legal History: Private Law to 1750*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2010 (BAKER, *Sources of English Legal History*)

BALDINI, Gianni – *Il mandato: profili operativi, inadempienze e risarcimento danni*, Matelica, Halley, 2006 (BALDINI, *Il mandato*)

BALSA, Fernando Marcín – “Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medievo, con especial atención a la tradición romano-castellana”, in *XXIII Revista Mexicana del Historia del Derecho*, 2011, pp. 191 e ss. (BALSA, “Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medievo”)

BANDIERAMONTE, Francesco – *Il negozio di accertamento*, Booksprint, 2010 (BANDIERAMONTE, *Il negozio di accertamento*)

BARASSI, Ludovico – *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1946 (BARASSI, *Obbligazioni*)

BARLOW, Frank – *The Feudal Kingdom of England*, 5.^a ed., Harlow, Longman, 1999 (BARLOW, *The Feudal Kingdom of England*)

BATISTA, Nuno Martins – *Execução e tutela cautelar na garantia autónoma*, UCP (Lisboa), 2011 (BATISTA, *Execução e tutela cautelar na garantia autónoma*)

BEH, Hazel; **STEMPEL**, Jeffrey W. – “Missclassifying the Insurance Policy: The Unforced Errors of Unilateral Contract Characterization”, in *32 Cardozo Law Review*, 1, 2010, pp. 88 e ss. (BEH, STEMPEL, “The Unforced Errors of Unilateral Contract Characterization”)

BEHRENDTS, Okko – “Treu und Glauben: Zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht”

in *Christentum, Säkularisation und modernes Recht* (L. L. VALLAURI, G. DILCHER ed.) II, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, pp. 957 e ss. (BEHRENDTS, “Treu und Glauben”)

BEISER, Frederick – *The German Historicist Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (BEISER, *The German Historicist Tradition*)

BEKKER, Ernst Immanuel – *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. II, Weimar, Hermann Böhlau, 1889 (BEKKER, *System*)

BELLAPERTICA, Petrus de – *Commentaria in Digestum Novum Repetitiones Variarum*, Forni, 1968 (PETRUS DE BELLAPERTICA, *Commentaria*)

BELLER, Sieghard – “Conditional Promises and Threats – Cognition and Emotion”, in *Proceedings of the Twenty-Fourth Annual Conference of the Cognitive Science Society* (W. D. GRAY e C. D. SCHUNN ed.), Mahwah, New Jersey, Lawrence Erlbaum, 2002, pp. 113 e ss. (BELLER, “Conditional Promises and Threats”)

BENTHAM, Jeremy – *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1789 (BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*)

BERGER, Adolf – *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, parte 2, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953 (BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*)

BERGSTRA, Jan A.; **BURGESS**, Mark – *Promise Theory – Principles and Applications*, Oslo, Axis Press, 2014 (BERGSTRA, BURGESS, *Promise Theory*)

BERMAN, Harold J. – *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983 (BERMAN, *Law and Revolution*)

BERNARDI, Bruno – *Le principe d'obligation: sur une aporie de la modernité politique*, Paris, Vrin, 2006 (BERNARDI, *Le principe d'obligation*)

BERTOLET, Rod – *What is Said: A Theory of Indirect Speech Reports*, Dordrecht, Kluwer Academy Publishers, 2012 (BERTOLET, *What is Said: A Theory of Indirect Speech*)

BETTI, Emilio – *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, CEDAM, 1947 (BETTI, *Istituzioni*) “Riconoscimento di debito e promessa di pagamento secondo il nuovo codice”, in *Temi emil.*, 1943 pp. 1 e ss. (BETTI, “Riconoscimento di debito e promessa di pagamento”) *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane 31, 2002, reimp. de 1955 (BETTI, *Teoria generale*)

BEVILÁQUA, Clóvis – *Código Civil Comentado*, vol. V, 9.^a ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1954 (BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*)

BIONDI, Biondo – *Diritto romano*, Milano, Vita e Pensiero, 1944 (BIONDI, *Diritto romano*) “Le donazioni”, in *Tratatto di diritto civile* (VASSALLI ed.), vol. XII, Torino, UTET, 1961, pp. 640 e ss. (BIONDI, “Le donazioni”) *Istituzioni di diritto romano*, 5.^a ed., Milano, Giuffrè, 1972 (BIONDI, *Istituzioni*)

BIROCCHI, Italo – *Causa e categoria del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Turin, Giappichelli Editore, 1957 (BIROCCHI, *Causa e categoria del contratto*)

BISCARDI, Arnaldo – *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982 (BISCARDI, *Diritto greco antico*)

BLACK, Oliver – *Agreements: A Philosophical and Legal Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 (BLACK, *Agreements: A Philosophical and Legal Study*)

BLACKSTONE, William – *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Oxford University Press, 1765-9 (BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*)

BRANCA, Giuseppe – “Promesse unilaterali”, in AAVV, *Commentario del Codice civile* (MICHELE FRAGALI, ANTONIO SCIALOJA, GIUSEPPE BRANCA, FRANCESCO GALGANO ed.), 2.^a ed., Libro IV, Bologna-Roma, Foro Italiano, 1974 (BRANCA, “Promesse unilaterali”)

BRAVO, Carlos Pérez – “La Stipulatio. Características generales” in *5 Ars Boni et Aequi*, 2009, pp. 137 e ss. (BRAVO, “La Stipulatio”)

BRIDGEMAN, Curtis; **SANDRIK**, Karem – “Bullshit Promises”, in *FSU College of Law*, Public Law Research Paper no. 314, 2008, pp. 1 e ss. (BRIDGEMAN, SANDRIK, “Bullshit Promises”)

BRITO, Alejandro Guzmán – “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, in *23 Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, pp. 209 e ss. (BRITO, “Causa del contrato y causa de la obligación”)

BROSE, Claus-Detlev – *Das Problem des Haftungsdurchgriffs bei Markenartikeln*, Kiel, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 1965 (BROSE, *Das Problem des Haftungsdurchgriffs bei Markenartikeln*)

BRUDNER, Alan – *The Unity of the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013 (BRUDNER, *The Unity of the Common Law*)

Buckland, William W.; **MCNAIR**, Arnold D. – *Roman Law & Common Law – A Comparison in Outline*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1952 (BUCKLAND, D. MCNAIR, *Roman Law & Common Law*)

BUFFARD, Isabelle; **CRAWFORD**, James, **PELLET**, Alain; **WITICH**, Stephen – *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008 (BUFFARD, *et al.*, *International Law Between Universalism and Fragmentation*)

BUJÁN, Antonio Fernández de – *Derecho privado romano*, 6.^a ed., Madrid, IUSTEL, 2013 (DE BUJÁN, *Derecho privado romano*)

BURDESE, Alberto – *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., Torino, UTET, 1975 (BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*)

BURDICK, William Livesey – *The Principles of Roman Law – and their relation to modern law*, Holmes Beach, WM. W. Gaunt & Sons, 1989, reimp. de 1938 (BURDICK, *The Principles of Roman Law*)

BURRILL, Alexander Mansfield – *A New Law Dictionary and Glossary*, II, New York, John S. Voorhies, The Law Book Exchange, 1850 (BURRILL, *A New Law Dictionary and Glossary*)

BUTRIO, Antonius de – *Super librum I-V, decretalium commentaria*, Venezia, 1578 (DE BUTRIO, *Super librum*)

CABRAL, Joana Almeida – *Das cartas de conforto e o seu regime jurídico*, Lisboa, FDUNL, 2014 (CABRAL, *Das cartas de conforto e o seu regime jurídico*)

CAETANO, Marcello Alves – *Das Fundações – subsídios para a interpretação e reforma da legislação portuguesa*, Lisboa, Edições Ática, 1962 (MARCELLO CAETANO, *Das Fundações*)

CAETANO, Tomás (TOMASSO DI VIO) – *Commentaria Summa Theologica*, Padova, 1698 (CAETANO, *Commentaria*)

CAIRNS, John W. – *Critical Legal Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (ed.: JOHN CAIRNS, ALAN WATSON, O. F. ROBINSON), Oxford, Portland, Hart

Publishing, 2004, reimp. de 2001 (CAIRNS, *Critical Legal Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History*)

CALVO, Francisco Candil y – *Naturaleza Jurídica de la Promesa de Recompensa a Persona Indeterminada*, Madrid, Fortanet, 1914 (CANDIL Y CALVO, *Naturaleza Jurídica de la Promesa de Recompensa a Persona Indeterminada*)

CAMILLERI, Enrico – *Le promesse unilaterali*, Milano, Giuffrè, 2002 (CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*)
La formazione unilaterale del rapporto obbligatori, Giappichelli, 2004 (CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatori*)

CAMPOS, Diogo Leite de – *Contrato a Favor de Terceiro*, Coimbra, Almedina, 2009 (LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*)

CAMPOS, Isabel Menéres; **FARIA**, Sérgio Mouta – “Notas sobre a reserva mental” in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 285 e ss. (CAMPOS, FARIA, “Notas sobre a reserva mental”)

CANEPA, P. – “Dichiarazione di intenti”, in *Digesto delle discipline privatistiche sezione civile*, vol. V, 4.^a ed., Torino, UTET, 1989, pp. 329 e ss.

CARNELUTTI, Francesco – “Confessione e ricognizione”, in *RDC*, I, 1942, pp. 235 e ss. (CARNELUTTI, “Confessione e ricognizione”)

CARTER, W. R. – “Grice on Promising on Condition” in *30 Analysis*, 1, 1969, pp. 31-2 (CARTER, “Grice on Promising on Condition”)
“On Promising the Unwanted”, in *33 Analysis*, 3, 1973, pp. 88 e ss. (CARTER, “On Promising the Unwanted”)

CARVALHO, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*, 3.^a ed., Coimbra,

Almedina, 2016 (MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*)

CARVALHO, Orlando Alves Pereira de – *Teoria Geral do Direito Civil* (Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Rendinha, coord.), 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012 (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral*)

CASTRONOVO, Carlo – *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979 (CASTRONOVO, *Problema e sistema*)

CHITTY, Joseph – *A Practical Treatise on the Law of Contracts*, London, S. Sweet, 1834 (CHITTY, *A Practical Treatise on the Law of Contracts*)

CIAN, Giorgio; **TRABUCCHI**, Alberto – *Commentario breve al Codice Civile*, 11.^a ed., Padova, CEDAM, 2014 (TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*)

CLARK, John Innes – *The Law of Contract*, Boston, Brown and Co., 1887 (CLARK, *The Law of Contract*)

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – *A renúncia abdicativa no direito civil. Algumas notas tendentes à definição do seu regime*”, col. *Studia Iuridica* 8, BFDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 (PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil*)

COELHO, José Gabriel Pinto – *Das Cláusulas Acessórias dos Negócios Jurídicos*, I – A condição, Coimbra, 1929 (PINTO COELHO, *Das Cláusulas Acessórias*)

COING, Helmut – “Bentham’s Importance in the Development of *Interessenjurisprudenz* and General Jurisprudence”, in *Jeremy Bentham: Critical Assessments* (BHIKHU C. PAREKH ed.), vol. 3, New York, Routledge, 1993, pp. 292 e ss. (COING, “Bentham’s Importance in the Development of *Interessenjurisprudenz* and General Jurisprudence”)

COIPEL, Michel – “La théorie de l’engagement par volonté unilatérale”, in *1 Revue critique de jurisprudence belge*, 1980, pp. 65 e ss. (COIPEL, “La théorie de l’engagement par volonté unilatérale”)

COKE, Edward – *Institutes of the Law of England*, London, E.&R. Brooke, 1797 (COKE, *Institutes*)

COLEBROOKE, Henry – *Treatise on Obligations and Contracts*, vol. I, London, Black, Kingsbury, Parbury and Allen, 1818 (COLEBROOKE, *Treatise*)

COLLET, Barry – “Canon Law”, in *Historical Dictionary of Late Medieval England: 1272-1485* (RONALD FRITZE, WILLIAM ROBISON ed.), Westport, Greenwood, 2002 (COLLET, “Canon Law”)

COLLINS, Arthur W. – “Moore’s Paradox and Epistemic Risk”, in *46 Philosophical Quarterly*, 1996, pp. 308 e ss. (COLLINS, “Moore’s Paradox and Epistemic Risk”)

COMYN, Samuel – *The Law of Contracts and Promises Upon Various Subjects and with Particular Persons*, 2.^a ed., Londres, A. Strahan, 1824 (COMYN, *The Law of Contracts and Promises*)
A Treatise of the Law relative to Contracts and Agreements Not Under Seal, Flatbush, Isaac Riley, 1890 (COMYN, *A Treatise of the Law relative to Contracts and Agreements Not Under Seal*)

CONDORAVDI, Cleo; LAUER, Sven – “Performative Verbs and Performative Acts”, in *15 Proceedings Sinn & Bedeutung*, Saarbrücken, Saarland University Press, 2011, pp. 1 e ss. (CONDORAVDI, LAUER, “Performative Verbs and Performative Acts”)

CONNANUS, Franciscus – *Commentariorum juris civilis libri X*, 1566 (CONNANUS, *Commentariorum*)

COOTE, Brian – “Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest” in *56 The Cambridge Law Journal*, 3, 1997, pp.

537 e ss. (COOTE, “Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest”) *Contract as Assumption*, (atualmente, vol. I) Oxford, Portland, Hart Publishing, 2010 (COOTE, *Contract as Assumption*)

CORBIN, Arthur Linton – *On Contracts* (rev. e ed. JOSEPH M. PERILLO), I, St. Paul, West Pub., 1993 (CORBIN, *On Contracts*)

CORDEIRO, António Menezes – *Direitos Reais*, Lisboa Lex, 1993 (MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*)

Das cartas de conforto no direito bancário, Lisboa, Lex, 1993 (MENEZES CORDEIRO, *Das cartas de conforto*)

Da boa fé no direito civil, Coimbra, Almedina, 1997 (MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*)

Da confirmação no direito civil, Coimbra, Almedina, 2008 (MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação*)

Tratado de Direito Civil, VII Direito das Obrigações, Coimbra, Almedina, 2014, 2.^a reimp. do tomo II da parte II de 2010 (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, VII)

Tratado de Direito Civil, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012 (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I)

Direito Bancário, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2014 (MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*)

Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017 (MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II)

CORREIA, António de Arruda Ferrer – *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 2.^a ed., 1967, (Coimbra, Almedina, 2001 4.^a reimp. de 1967) (FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação*)

CORTEZ, Francisco – “A garantia bancária autónoma – alguns problemas”, in 52 *ROA*, II, 1992, pp. 513 e ss. (CORTEZ, “A garantia bancária autónoma”)

COSTA, Manuel Luís Duarte, *A garantia autónoma – a exceção por fraude ou abuso de direito*, UCP (Porto), 2015 (COSTA, *A garantia autónoma*)

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014, 3.^a reimp. de 2009, (ALMEIDA COSTA, *Obrigações*)

COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de – *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, Lyon, J. Faure e S. Honorat, 1557 (COVARRUBIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*)

COXE, Brinton – *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation: Being a Commentary on Parts of the Constitution of the United States*, Clark, The Lawbook Exchange, 2005 (COXE, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*)

COYLE, Brian – *Bank Finance*, Kent, Financial World Publishing, 2002 (COYLE, *Bank Finance*)

CROSS, Ashton – “Bare Promise in Scots Law”, in 2 *Juridical Review*, 1957, pp. 138 e ss. (CROSS, “Bare Promise in Scots Law”)

CUNHA, Carolina – *Letras e livranças: paradigmas actuais e recompressão de um regime*, Coimbra, Almedina, 2012 (CUNHA, *Letras e livranças*)
Manual de letras e livranças, Coimbra, Almedina, 2016 (CUNHA, *Manual*)

CUNHA, Paulo Ferreira da; AGUIAR E SILVA, Joana; SOARES, António Lemos – *História do Direito – do Direito Romano à Constituição Europeia*, Coimbra, Almedina, 2005 (FERREIRA DA CUNHA, *et al.*, *História do Direito*)

D’ANGELO, Andrea – *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, Giappichelli, 1992 (D’ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*)

Le promesse unilaterali – Il Codice Civile commentario (coord: PIERO SCHLESINGER), Milano, Giuffrè, 1996 (D’ANGELO, *Le promesse unilaterali*)

D'ORS, J. Álvaro – *Derecho privado romano*, 10.^a ed., Pamplona, EUNSA, 2004 (D'ORS, *Derecho privado romano*)

DALRYMPLE, James (VISCOUNT OF STAIR) – *The Institutions of the Law of Scotland*, Edinburgh, 1693 (STAIR, *Institutions*)

DARWALL, Stephen – *Morality, Authority and Law: Essays in a Second-Personal Ethics*, I, Oxford, Oxford University Press, 2013, (DARWALL, *Morality, Authority and Law: Essays in a Second-Personal Ethics*) “The Value of Autonomy and Autonomy of the Will”, in *Ethics* 116, 2006, pp. 263 e ss. (STEPHEN, “The Value of Autonomy and Autonomy of the Will”)

DAVID, René; **JAUFFRET-SPINOSI**, Camille – *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11.^a ed., Paris, Dalloz, 2002 (RENÉ DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*)

DECOCK, Wim – *Theologians and Contract Law: the Modern transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2013 (DECOCK, *Theologians and Contract Law*)

DEMOLOMBE, Charles – *Cours de Code Napoléon – traité des contrats ou des obligations*, tomo I, vol XXIV, Paris, Durand, Hachette, 1868 (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*)

DEPOORTER, Ben W. F.; **PARISI**, Francesco – “Fragmentation of Property Rights”: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes”, in *284 Yale Law & Economics Research Paper*, 2003, pp. 1 e ss. (DEPOORTER, PARISI, “Fragmentation of Property Rights”)

DIEDERICHSEN, Uwe – “Wandlungen der Rechtsgeschäftslehre”, in *JurA Zivilrecht I*, 1969, pp. 3 e ss. (DIEDERICHSEN, “Wandlungen der Rechtsgeschäftslehre”)

DIESELHORST, Malte – *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln,

Böhlau, 1959 (DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*)

DOBBERZIN, Martin; **VON REYGE**, Arnold – *Repertorium sive promptuarium iuris universi copiosissimum: in quo civiles, feudales, canonicae, caeteraeque materiae continentur*, Helmstadium Lucius, 1589 (DOBBERZIN, VON REYGE, *Repertorium sive promptuarium iuris universi copiosissimum*)

DONISI, Carmine – *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972 (DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*)

DREIOCKER, Karlheinz – *Zur Dogmengeschichte der Auslobung*, Kiel, Universität Kiel, 1969 (DREIOCKER, *Zur Dogmengeschichte der Auslobung*)

DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra, Almedina, 2000 (PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*) *Curso de direitos reais*, 3.^a ed., Estoril, Príncipeia, 2013 (PINTO DUARTE, *Curso*)

DURANTI, Alessandro – *The Antropology of Intentions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 (DURANTI, *The Antropology of Intentions*)

DURANTON, Alexander – *Cours de droit français – suivant le code civil*, tomo X, 4.^a ed., Paris, Thorel, Guilbert, 1844 (DURANTON, *Cours de droit français*)

EEMEREN, F. H. van; **GROOTENDORST**, Robert – *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, Foris, 1983 (VAN EEMEREN, GROOTENDORST, *Speech Acts*)

EISENBERG, Melvin Aron – “The World of Contract and The World of Gift”, in *85 California Law Review*, 4, 1997, pp. 821 e ss. (EISENBERG, “The World of Contract and The World of Gift”)

EISENBERGER, Robert; **ARMELI** Stephan; **PRETZ**, Jean – “Can the Promise of Reward Increase Creativity?”, in *Journal of*

Personality and Social Psychology 74, 3, 1998, pp. 704-14 (R. EISENBERGER, *et al.*, “Can the Promise of Reward Increase Creativity?”)

EISENBERGER, Robert; **HASKINS**, Frances; **GAMBLETON**, Paul – “Promised Reward and Creativity: Effects of Prior Experience”, in 35 *Journal of Experimental Social Psychology*, 1999, pp. 308 e ss. (R. EISENBERGER, *et al.*, “Promised Reward and Creativity: Effects of Prior Experience”)

ELIOT, Charles William (ed.) – *The Harvard Classics*, vol. 9, parte 3, New York, P. F. Collier & Son Corporation, 1953 [ELIOT (ed.), *The Harvard Classics*]

EMMERICH, Volker – *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2009 (EMMERICH, *Schuldrecht*)

ENGEL, Pierre – *Traité des obligations en droit suisse*, 2.^a ed., Berne, Staempfli, 1997 (ENGEL, *Traité des obligations*)

ENNES, Luis Rodriguez – “La ‘obligatio’ y sus fuentes”, in *Revista Internacional de Derecho Romano*, Universidad de Castilla – La Mancha, 2009, pp. 90 e ss. (ENNES, “La ‘obligatio’ y sus fuentes”)

ERNST, Antoine Nicolas – “La cause est-elle une conditio essentielle pour la validité des conventions?”, in *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, pp. 250 e ss. (ERNST, “La cause est-elle une conditio essentielle pour la validité des conventions?”)

ESMEIN, Adhémar – “Le serment promissoire dans le droit canonique”, in 12 *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1888, pp. 248 e ss. (ESMEIN, “Le serment promissoire dans le droit canonique”)

ESSER, Joseph; **WEYERS**, Hans-Leo – *Schuldrecht*, II, 7.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1991 (ESSER, WEYERS, *Schuldrecht*, II)

FALCATO, Ana – “O paradoxo de Moore”, in 2 *Investigação Filosófica*, 2, artigo digital 3, 2011, pp. 1 e ss. (FALCATO, “O paradoxo de Moore”)

FALQUI-MASSIDDA, Carlo – “Promessa unilaterale”, in *Noviss DI*, XIV, 1957, pp. 77 e ss. (FALQUI-MASSIDDA, “Promessa unilaterale”)

FALQUI-MASSIDDA, Carlo; **JACCHIA**, Mario – “Promesse unilaterali”, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* (WALTER BIGIAMI ed.), Torino, UTET, 1968 (FALQUI-MASSIDDA, JACCHIA, “Promesse unilaterali”)

FALZEA, Angelo – “Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica”, in 2 *Dogmatica giuridica*, 1997, pp. 147 e ss. (FALZEA, “Ricerche di teoria generale del diritto”)

FARNSWORTH, Allan – “The Past of Promise: an Historical Introduction to Contract”, in 69 *Columbia Law Review*, 1969, pp. 576 e ss. (FARNSWORTH, “The Past of Promise”)

FEINBERG, Joel – “Legal Paternalism”, in 1 *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1971, pp. 105 e ss. (FEINBERG, “Legal Paternalism”)

FERNANDES, Luís Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 3.^a ed. revista e atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001 e 5.^a ed., 2010 (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II)

FERRARA, Luigi Cariota – “Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi”, in 6 *Rivista di Diritto Civile*, I, Padova, CEDAM, 1960, pp. 351 e ss. (CARIOTA FERRARA, “Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi”) *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1962 (CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*)

FERRI, Giuseppe B. – “Autonomia privata e promesse unilaterali” in *Banca, borsa*, I,

1960, pp. 481 e ss. (FERRI, “Autonomia privata e promesse unilaterali”)

Le promesse unilaterali i titoli di credito, Milano, Vallardi, 1972 (FERRI, *Le promesse unilaterali*)

FIKENTSCHER, Wolfgang – *Schuldrecht*, 7.ªed., Berlin, Walter de Gruyter, 1985 (FIKENTSCHER, *Schuldrecht*)

FIORI, Roberto – “The Roman Conception of Contract”, in *Obligations in Roman Law: Past, Present and Future* (THOMAS A. J. MCGINN ed.), Michigan, The University of Michigan Press, 2013 (FIORI, “The Roman Conception of Contract”)

FITZHERBERT, Anthony – *La Graunde Abridgment*, London, Folio, 1577 (FITZHERBERT, *La Graunde Abridgment*)

FLUME, Werner – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, vol. II, 4.ª ed., Berlin, Springer, 1992 (FLUME, *Allgemeiner Teil*)

FORCHIELLI, Paolo – “Offerta al pubblico”, in *Noviss. Dig. It*, XI, 1965, pp. 764 e ss. (FORCHIELLI, “Offerta al pubblico”)

FORT, Jose Maria Coma – *El derecho de las obligaciones en las “Res Cottidianae”*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”, 1996 (FORT, *El derecho de las obligaciones en las “Res Cottidianae”*)

FRAGALI, Michele – “Obbligazioni”, in *Commentario al codice civile* (MARIANO D’AMELIO, ENRICO FINZI ed.), I, Firenze, G. Barbèra, 1949 (FRAGALI, “Obbligazioni”) “La dichiarazione anticipata di non voler adempiere”, in *I Riv. dir. comm.*, 1966, pp. 249 e ss. (FRAGALI, “La dichiarazione anticipata”)

FRANÇA, Rubens Limongi – *Instituições de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1988 (FRANÇA, *Instituições*)

FRANCESCHETTI, Paolo; **MARASCA**, Massimo – *Le obbligazioni*, Dogana,

Maggioli Editore, 2008 (FRANCESCHETTI, MARASCA, *Le obbligazioni*)

FRANKFURT, Harry G. – “On Bullshit”, in *6 Raritan Quarterly Review*, 2, 1986, pp. 81 e ss., mais tarde republicado em monografia, *On Bullshit*, New Jersey, Princeton University Press, 2005 (FRANKFURT, *On Bullshit*)

FREITAS, José Lebre de – *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*)

A Confissão no Direito Probatório – Um estudo de direito Positivo, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013 (LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*)

FRIED, Charles – *Contract as Promise*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1981 (FRIED, *Contract as Promise*)

FRIED, Jörg – *Die weiche Patronatserklärungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998 (JÖRG FRIED, *Die weiche Patronatserklärungen*)

FRÖDE, Christian – *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012 (FRÖDE, *Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Geschäftsfähigkeit*)

FURNO, C. – “Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a propósito del’art. 1998 c.c.)”, in *RTDPC*, 1950, pp. 90 e ss. (FURNO, “Promessa di pagamento e ricognizione di debito”)

GALANTE, Fátima – “Garantia bancária autónoma”, in *4 Data Venia – Revista Jurídica Digital*, 6, 2016, pp. 419 e ss. (GALANTE, “Garantia bancária autónoma”)

GALE, Richard M. – “Do Performative Utterances have any Constative Function?”, in *67 The Journal of Philosophy*, 5, 1970, pp. 117 e ss. (GALE, “Do Performative Utterances have any Constative Function?”)

GALGANO, Francesco – *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Padova, CEDAM, 1999 (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*) “Il negozio giuridico”, in *Tratt. dir. civ e comm* (CICU, MISSINEO ed.), Milano, 1988 (GALGANO, “Il negozio giuridico”) *Trattato di diritto civile*, 2.^a ed., II, Padova, CEDAM, Wolters Kluwer Italia, 2010 (GALGANO, *Trattato*)

GALLO, Filippo – “Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris”, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 3.^a série, n.º 15, 1973, pp. 171 e ss. (F. GALLO, “Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris”)

GALLO, Paolo – *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1999 (GALLO, *Istituzioni*)

GARDNER, Jane F. – *Women in Roman Law and Society*, Bloomington – Indianapolis, Indiana University Press, 1991, reimp. de 1995 (GARDNER, *Women in Roman Law and Society*)

GARREIS, Carl von – *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Würzburg, 1873 (VON GARREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*)

GARZÓN, Valdés – *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (GARZÓN, *Derecho, Ética y Política*)

GELATI, Jonathan; **GOVERNATORI**, Guido; **ROTOLO**, Antonino; **SARTOR**, Giovanni – “Declarative Power, Representation and Mandate. A Formal Analysis”, in *Legal Knowledge and Information Systems*, 2002, pp. 41 e ss. (GELATI *et al.* “Declarative Power, Representation and Mandate. A Formal Analysis”)

GERI, Lina Bigliazzi – *L'interpretazione del contratto – Il Codice Civile commentario* (FRANCESCO BUSNELLI ed.) Milano,

Giuffrè, 2013 (GERI, *L'interpretazione del contratto*)

GERMAN, Christopher ST.; **MUCHALL**, William – *The Doctor and Student, or, Dialogues Between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England: Containing the Grounds of Those Laws Together with Questions and Cases Concerning Equity Thereof*, Union, The Law Book Exchange, 1998 (GERMAN, MUCHALL, *The Doctor and Student*)

GIACOBBE, G.; **GUIDA**, M. L. – “Remissione del debito (diritto vigente)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 767 e ss. (GIACOBBE, GUIDA, “Remissione del debito”)

GILLES, Peter – *Concise Contract Law*, Sydney, The Federation Press, 1988 (GILLES, *Contract Law*)

GIORGIANI, Michele – *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1951 (GIORGIANI, *L'obbligazione*)

GIOVANNI, Francesco di – *Le promesse unilaterali*, Padova, Wolters Kluwer Italia, 2010 (DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*)

GIRARD, Paul-Frédéric – *Manuel élémentaire de droit romain*, 5.^a ed., Paris, Arthur Rosseau, 1929 (GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*)

GLANVILL, Ranulf de – *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*, 1187-9; *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England*, Oxford, Oxford University Press – Oxford Medieval Texts, 2002 (GLANVILL, *Treatise*)

GNEIST, Heinrich Rudolph von – *Die formelles Verträge des neuen römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlin, Ludwig Oehmigke, 1845 (GNEIST, *Die formelles Verträge*)

GODOY, Mario Aguire – *La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones*, Guatemala, Editorial Univeristaria, 1960 (GODOY, *La declaración unilateral de voluntad*)

GONÇALVES, Carlos – *Direito Civil Brasileiro*, vol. II., 6.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2009 (GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*)

GONZÁLEZ, Amparo – “The Possible Motivation of the Lex Cincia de donis et muneribus”, in *34 Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 1987, pp. 161 e ss. (GONZÁLEZ, “The Possible Motivation of the Lex Cincia de donis et muneribus”)

GORDLEY, James – “Natural Law Origins of the Common Law of Contract”, in *Towards a General Law of Contract* (JOHN BARTON ed.), Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 367 e ss. (GORDLEY, “Natural Law Origins of the Common Law of Contract”
The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford, Clarendon Press, 2011, reimp. de 1991 (GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*)

“Contract Law in the Aristotelian Tradition” in *The Theory of Contract Law: New Essays* (PETER BENSON ed.) Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 265 e ss. (GORDLEY, “Contract Law in the Aristotelian Tradition”)
The Enforceability of Promises in European Contract Law (JAMES GORDLEY ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001 (GORDLEY, *The Enforceability of Promises*)

Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford, Oxford University Press, 2006 (GORDLEY, *Foundations of Private Law*)
The Jurists: a Critical History, Oxford, Oxford University Press, 2013 (GORDLEY, *The Jurists: a Critical History*)

GORDON, William M. – *Roman Law, Scots Law and Legal History: Selected Essays*, Edinburgh, Edinburgh University Press,

2007 (GORDON, *Roman Law, Scots Law and Legal History*)

GOUVEIA, Jaime – *As obrigações no direito civil português*, Lições, Lisboa, Casa Portuguesa, 1934 (GOUVEIA, *Obrigações*)

GRAZIANI, Carlo Aberto – “Le promesse unilaterale”, in *Trattato di diritto privato* (coord.: PIETRO RESCIGNO), vol. 9, Tomo I, Torino, UTET, 1991, reimp. de 1984 (GRAZIANI, “Le promesse unilaterale”)

GRICE, Geoffrey Russell – *The Grounds of Moral Judgment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967 (G. R. GRICE, *The Grounds of Moral Judgment*)

GRICE, Herbert Paul – “Meaning”, in *66 Philosophical Review*, 1957, pp. 377 e ss. (H. P. GRICE, “Meaning”)

GRIVOT, Débora – “A classificação das fontes obrigacionais na tradição romanística”, in *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 311 e ss. (GRIVOT, “A classificação das fontes obrigacionais na tradição romanística”)

GROSSO, Giuseppe – *Il sistema romano dei contratti*, Torino, Giappichelli, 1949 (GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*)

GROTIUS, Hugo – *De jure belli ac pacis* (*On the War of Law and Peace*), trad. por A.C. CAMPBELL, Kitchener, Batoche Books, 2001 (GROTIUS, *De jure belli ac pacis*)

GUHL, Theo; **MERZ**, Hans; **KOLLER**, Alfred; **DRUEY**, Jean – *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8.^a ed., Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1991 (GUHL, *et al.*, *Obligationenrecht*)

GUICHARD, Raúl – “O negócio consigo mesmo: uma tentativa de justificação do regime legal”, in *11 Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 2007, pp. 25 e ss. (GUICHARD, “O negócio consigo mesmo”)

GURSKY, Karl-Heinz – *Schuldrecht – Besonderer Teil*, 5.^a ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2005 (GURSKY, *Schuldrecht*)

HAMBURGER, Philip A. – “The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract”, in *7 Law and History Review*, 2, 1989, pp. 241 e ss. (HAMBURGER, “The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract”)

HARRILL, J. Albert – “The Influence of Roman Contract Law on Early Baptismal Formulae (Tertullian *Ad Martyras* 3)” in *Studia Patristica*, vol. XXXV, Leuven, Peeters, 2001, pp. 275 e ss. (HARRILL, “The Influence of Roman Contract Law on Early Baptismal Formulae”)

HART, Herbert Lionel Adolphus – *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (HART, *The Concept of Law*)

HASAN, Achmad Madjedi – *Pacta sunt servanda: the principle and its application in petroleum production sharing contract*, Jakarta, Fikahati Aneska, 2005 (HASAN, *Pacta sunt servanda*)

HEAL, Jane – “Moore’s Paradox: a Wittgensteinian Approach”, in *103 Mind*, 1994, pp. 5 e ss. (HEAL, “Moore’s Paradox”)

HEATHER, Peter – *The Fall of the Roman Empire: a new History of Rome and the Barbarians*, Oxford, Oxford University Press, 2006 (HEATHER, *The Fall of the Roman Empire: a new History of Rome and the Barbarians*)

HECK, Philipp – *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, Scientia Antiquariat, 1929 (HECK, *Grundriss des Schuldrechts*)

HELMHOLZ, Richard H. – “Assumpsit and Fidei Laesio”, in *91 Law Quarterly Review*, 1975, pp. 406 e ss. (HELMHOLZ, “Assumpsit and Fidei Laesio”)

HELMHOLZ, Richard H. – “Contracts and the Canon Law”, in *Towards a General Law of Contract* (JOHN BARTON ed.), Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 49 e ss. (HELMHOLZ, “Contracts and the Canon Law”)

HERMAN, Shael – *The Louisiana Civil Code: A European Legacy for the United States*, New Orleans Louisiana Bar Foundation, 1993 (HERMAN, *The Louisiana Civil Code*)

HESPANHA, António Manuel – *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*, 3.^a ed., Sintra, Publicações Europa-América, 2003 (HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia*)

HICKEY, Raymond – “A Promise is a Promise. On Speech Acts of Commitment in English”, in *28 Studia Anglica Posnaniensia*, 1986, pp. 69 e ss. (HICKEY, “A Promise is a Promise”)

HOBBS, Thomas – *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, London, 1651 (HOBBS, *Leviathan*)

HOCHSTRASSER, Tim J. – *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004 (HOCHSTRASSER, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*)

HOGG, Martin – “Promise: the Neglected Obligation in European Private Law”, in *59 International and Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 461 e ss. (HOGG, “Promise: the Neglected Obligation”) *Promises and Contract Law – Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 (HOGG, *Promises and Contract Law*)

HOLMES, Oliver Wendall – *The Common Law*, London, Macmillan & Co., 1882 (HOLMES, *The Common Law*)

HORN, Norbert – *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*,

5.^a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2011 (HORN, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*)

HÖRSTER, Heinrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992 (EWALD HÖRSTER, *Parte Geral*)

HOSLER, John D. – *John of Salisbury: Military Authority of the Twelfth-Century Renaissance*, Leiden, Brill, 2013 (HOSLER, *John of Salisbury*)

HOSPERS, John – “Libertarianism and Legal Paternalism”, in 4 *The Journal of Libertarian Studies*, 2, 1980, pp. 255 e ss. (HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”)

HUDSON, Alastair – *Equity and Trusts*, 3.^a ed., London/Portland/Coogee, Cavendish Publishing, 2003 (HUDSON, *Equity and Trusts*)

HUEBNER, Rudolf – *A History of Germanic Private Law* (trad. por FRANCIS S. PHILBRICK), Boston, Little & Brown, 1918

HUME, David – *A Treatise on Human Nature*, 1738 (HUME, *A Treatise on Human Nature*)
The History of England, vol. I, Oxford, Talboys and Wheeler, 1826, reimp. de 1762 (HUME, *The History of England*)

HUSI, Stan – “Is Promising a Practice and Nothing More, Normatively Speaking?”, in *Promises and Agreements: philosophical essays* (H. SHEINMAN ed.), New York, Oxford University Press, 2011, pp. 109 e ss. (HUSI, “Is Promising a Practice and Nothing More, Normatively Speaking?”)

HYLAND, Richard – *Gifts: a Study in Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (HYLAND, *Gifts*)

IBBETSON, David John – “Assumpsit and Debt in Early Sixteenth-Century: The Origins of the Indebitatus Count”, in 41 *Cambridge Law Journal*, 1, 1982, pp. 142 e

ss. (IBBETSON, “Assumpsit and Debt in Early Sixteenth-Century”)

“Consideration and the Theory of Contract in the Sixteenth Century Common Law”, in *Towards a General Law of Contract* (JOHN BARTON ed.), Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pp. 67 e ss. (IBBETSON, “Consideration and the Theory of Contract in the Sixteenth Century Common Law”), *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1999 (IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*)

IGLESIAS, Juan – *Derecho Romano*, Barcelona, Sello Editorial, 2010 (IGLESIAS, *Derecho romano*)

JACOBSEN, Klaus H. – “How to make the Distinction between Constative and Performative Utterances”, in 85 *The Philosophical Quarterly*, 21, 1971, pp. 357 e ss. (JACOBSEN, “How to make the Distinction between Constative and Performative Utterances”)

JAKOBS, Horst Heinrich – *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht: nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, München, Ferdinand Schöningh, 1983

JENKS, Edward – *The History of the Doctrine of Consideration in English Law*, London, C. J. Clay & Sons, 2004, reimp. de 1892 por The Lawbook Exchange

JHERING, Rudolf von – “Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen”, in 4 *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 1861, pp. 1 e ss. (JHERING, “Culpa in contrahendo”)

JOLOWICZ, John Anthony – *Droit anglais*, 2.^a ed. (J. A. JOLOWICZ coord.), Paris, Dalloz, 1992 (JOLOWICZ, *Droit anglais*)

JONES, William – *Ecclesiastical History: a course of lectures*, vol. II, London, G. Wightan Paternoster Row, 1838 (JONES, *Ecclesiastical History*)

JONES, William R. – “The Two Laws in England: The Later Middle Ages”, in *11 Journal of Church and State*, 1, 1969, pp. 111 e ss. (JONES, “The Two Laws in England”)

“Relations of the Two Jurisdictions: Conflict and Cooperation in England during the Thirteenth and Fourteenth Centuries”, in *7 Studies in Medieval and Renaissance History*, 1, 1970, pp. 77 e ss. (JONES, “Relations of the Two Jurisdictions”)

JORGE, Fernando Pessoa – *O mandato sem representação*, Lisboa, 2001 (Almedina, reimp. de 1961) (PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*)

Direito das Obrigações, I, Lisboa, AAFDL, 1975-6 (PESSOA JORGE, *Obrigações*)

JUSTO, António dos Santos – *Direito privado romano*, I e II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003 (SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*)

Breviário de Direito Privado Romano, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (SANTOS JUSTO, *Breviário*)

KANT, Immanuel – *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, Heimann, 1870

KASER, Max – *Das altrömische Ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949 (KASER, *Das altrömische Ius*)

Direito privado romano, trad. por SAMUEL RODRIGUES e FERDINAND HÄMMERLE, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999 (KASER, *Direito privado romano*)

KASPER, Franz – *Das subjective Recht: Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1967

KEENAN, Denis J. – *Smith & Keenan's English Law*, 11.^a ed., London, Pitman, 1995 (KEENAN, *Smith & Keenan's English Law*)

KELSEN, Hans – *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991 (KELSEN, *General Theory of Norms*)

KENT, James – *Commentaries on American Law*, II, Boston, O. Halsted, 1884 (KENT, *Commentaries on American Law*)

KIMEL, Dori – *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003 (KIMEL, *From Promise to Contract*)

KINDER-GEST, Patricia – *Droit anglais*, II, 3.^a ed., Paris, LGDJ, 1997 (KINDER-GEST, *Droit anglais*)

KLASS, Gregory; **AYRES**, Ian – “New Rules for Promissory Fraud”, in *48 Arizona Law Review*, 4, pp. 957 ss. (KLASS, AYRES, “New Rules for Promissory Fraud”)

KLEINSCHMIDT, Jens – *Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004 (KLEINSCHMIDT, *Der Verzicht im Schuldrecht*)

KLINKE, Ulrich – *Causa und genetisches Synallagma: Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Berlin, Duncker und Humblot, 1983 (KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma*)

KOCH, Christian Friedrich – *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*, vol. II, Berlin, 1859 (KOCH, *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*)

KOCH, Jens – *Die Patronatserklärung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005 (KOCH, *Die Patronatserklärung*)

KOHLER, Josef – *Archiv für bürgerliches Rechts*, V, 1891 (KOHLER, *Archiv für bürgerliches Rechts*)
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol. II, Berlin, Carl Heymanns, 1906 (KOHLER, *Lehrbuch*)

KÖNDGEN, Johannes – *Selbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen, Mohr, 1981 (KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*)

KORN, Fred; **KORN**, Shulamit R. Decktor – “Where People Don’t Promise”, in 93 *Ethics*, 3, 1983, pp. 445 e ss. (KORN, KORN, “Where People Don’t Promise”)

KÜBEL, Franz Phillip von – “Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung”, in *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (WERNER SCHUBER ed.), vol. III, Berlin, 1980, pp. 1171 e ss. (VON KÜBEL, “Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung”)

KUNTZE, Johannes Emmil – *Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au Porteur*, Whitefish, Kessinger, 2010, reimp. de 1857 (KUNTZE, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*)

LACHS, Manfred – “Pacta sunt servanda”, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7 (RUDOLF BERNHARDT ed.), Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 374 e ss. (LACHS, “Pacta sunt servanda”)

LANGBEIN, John H.; **LERNER**, Renée Lettow; **SMITH**, Brice P. – *A History of Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009 (LANGBEIN et al., *A History of Common Law*)

LARENZ, Karl – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 7.^a ed., München, C. H. Beck, 1989 (LARENZ, *Allgemeiner Teil*) *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, 14.^a ed., München, C. H. Beck, 1987 (LARENZ, *Schuldrecht*, I) *Lehrbuch des Schuldrecht*, II, 1, 13.^a ed., München, C. H. Beck, 1986 (LARENZ, *Schuldrecht*, II)

LARENZ, Karl; **CANARIS**, Claus-Wilhelm – *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2: Besonderer Teil/ 2. Halbband 13. Auflage 1994. XIII, 734 S.: In Leinen (LARENZ, CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2)

LARROUMET C.; **MONDOLONI**, D. – *Stipulation pour autrui*, Rép. civ., Paris, Dalloz, 1998 (LARROUMET, MONDOLONI, *Stipulation pour autrui*)

LARROUMET, Christian – *Droit civil*, vol. III, 4.^a ed., Paris, Economica, 1998 (LARROUMET, *Droit civil*)

LASARTE, Carlos, *Derecho de obligaciones – Principios de derecho civil*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2014 (LASARTE, *Derecho de obligaciones*)

LAURENT, François – *Principes de droit civil*, XV, 4.^a ed., Paris, Bruylant-Christophe, 1887 (LAURENT, *Principes de droit civil*)

LAWSON, F. H. – “Analogues of the Stipulatio in English Law”, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, 1961, pp. 117 e ss. (LAWSON, “Analogues of the Stipulatio in English Law”)

LEAGE, Richard William – *Roman Private Law – founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, 3.^a ed. (A. M. PRICHARD ed.), London, Macmillan & Co., 1962 (LEAGE, *Roman Private Law*)

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005 (MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio*) *Garantia das Obrigações*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016 (MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*) *Cessão de Créditos*, Coimbra, Almedina, 2016, reimp. de 2005 (MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*)

Direito das Obrigações, vol. I., 15.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018 (MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, I); *Obrigações*, vol. II, 10.^a edição, 2016 (MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, II); *Obrigações*, vol. III, 10.^a ed., 2015 (MENEZES LEITÃO, *Obrigações*, III)

LEMPERT, Richard – “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (Ed. G. TEUBNER), Series A-8, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 152 e ss. (LEMPERT, “The Autonomy of Law”)

LEONARD, Jacobi – “Versprechen und Vertrag: ein Beitrag zur Begriffslehre des Deutschen Bürgerlichen Rechtes”, in *35 JhJb*, 1896, pp. 1 e ss. (JACOBI, “Versprechen und Vertrag”)

LERNER, Pablo – “Promises of Rewards in a Comparative Perspective”, in *10 Annual Survey of International & Comparative Law*, 1, pp. 53 e ss. (LERNER, “Promises of Rewards in a Comparative Perspective”)

LESAFFER, Randall C. H. – “Medieval cannon law and early modern treaty law”, in *2 Journal of the History of International Law*, 2, 2000, pp. 178 e ss. (LESAFFER, “Medieval cannon law and early modern treaty law”)

LESSIUS, Leonardus – *De iustitia et iure*, Paris, 1628 (LESSIUS, *De iustitia et iure*)

LIEBE, Friederich Gottlob von – *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, Meyer, 1840 (VON LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*)

LIGHTSEY, Wallace K. – “A Critique of the Promise Model of Contract”, in *26 William & Mary Law Review*, 1, 1984, pp. 45 e ss. (LIGHTSEY, “A Critique of the Promise Model of Contract”)

LIGHTSEY, Wallace K. – “A Critique of the Promise Model of Contract”, in *26 William & Mary Law Review*, issue 1, 1984, pp. 45 e

ss. (LIGHTSEY, “A Critique of the Promise Model of Contract”)

LIMA, Fernando Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, III, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987 (PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III)

Código Civil Anotado, II, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra editora 1997 (PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II)

Código Civil Anotado, I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, reimp. de 1987 (PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I)

LIMBURG, Herbert R. – “Anticipatory Repudiation of Contracts”, in *10 Cornell Law Review*, 2, 1925, pp. 135 e ss. (LIMBURG, “Anticipatory Repudiation of Contracts”)

LISERRE, Antonio – *Lezioni di diritto privato*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2009 (LISERRE, *Lezioni di diritto privato*)

LISTER, Thomas Henry – *Life and Administration of Edward, First Earl of Clarendon: the life of Clarendon*, vol. I, London, A. Spottiswoode, 1838 (LISTER, *Life and Administration of Edward*)

LIVELY, Jack; **REEVE**, Andrew – *Modern Political Theory from Hobbes to Marx: Key Debates*, New York, Routledge, 2013, reimp. de 1989 (LIVELY, REEVE, *Modern Political Theory from Hobbes to Marx*)

LOPES, Manuel Baptista – *Das Doações*, Coimbra, Almedina, 1970 (BAPTISTA LOPES, *Das Doações*)

LUCCA, Newton de – *Comentários ao Novo Código Civil* (SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA), vol. XII, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003 (DE LUCCA, *Comentários*)

LUHMANN, Niklas – “The Unity of the Legal System”, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (G. TEUBNER ed.), Series A-8, Berlin, Walter de Gruyter,

1988, pp. 12 e ss. (LUHMANN, “The Unity of the Legal System”)

Social Systems, Stanford, Stanford University Press, 1995 (LUHMANN, *Social Systems*)

MACCORMACK, Geoffrey – “A Note on Stair’s Use of the Term *Pollicitatio*”, in *Juridical Review*, 1976, pp. 121 e ss. (MACCORMACK, “A Note on Stair’s Use of the Term *Pollicitatio*”)

MAGGIOLO, Marcello – *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*, Padova, CEDAM, 1998 (MAGGIOLO, *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*)

MAIA, José Reis – *Direito geral das obrigações*, Parte 1, Barcelos, Companhia Editora do Minho, 1926 (REIS MAIA, *Obrigações*)

MAISTO, Filippo – *Promesse unilateral*, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato* (PIETRO PERLINGIERI coord.), IV, 42, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2014 (MAISTO, *Promesse unilaterali*)

MAITLAND, Frederic William – *The Forms of Action at Common Law: a Course of Lectures* (A. H. CHAYTOR, W. J. WHITTAKER ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1997, reimp. de 1909 (MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*)

MAJO, Adolfo di – *Le promesse unilaterali*, Milano, Giuffrè, 1989 (DI MAJO, *Le promesse unilaterali*)
“Promessa unilaterale”, in *ED*, XXXVII, 1988 (DI MAJO, “Promessa unilaterale”)

MANN, Richard; **ROBERTS**, Barry – *Business Law and the Regulation of Business*, 10.^a ed., Cengage Learning, Mason, 2010 (MANN, ROBERTS, *Business Law*)

MARKESINIS, Basil; **UNBERATH**, Hannes, **JOHNSTON**, Angus – *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, 2.^a ed.,

Oxford and Portland, Hart Publishing, 2006 (MARKESINIS *et al.*, *The German Law of Contract*)

MARQUES, José Dias – *Noções Elementares de Direito Civil*, 4.^a ed., Lisboa, 1970 (DIAS MARQUES, *Noções Elementares*)

MARQUES, Mário Reis – *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, Coimbra, FDUC, 1987 (REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*)

MARTINEZ, Pedro Romano; **PONTE**, Pedro Fuzeta – *Garantias de cumprimento*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina, 2006 (ROMANO MARTINEZ, FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*)

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier – *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History: Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duckner & Humblot, 1998, (MARTÍNEZ-TORRÓN, *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*)

MARTÍNEZ, Eric Palacios – “Promessa Unilateral”, in *Código Civil Comentado*, tomo IX, Lima, Gaceta Jurídica, 2007 (MARTÍNEZ, “Promessa Unilateral”)

MARTINI, Remo – “Gaio e les *Res cottidianae*”, in *AUPA*, vol. LV, Torino, G. Giappichelli, 2012, pp. 171 e ss. (MARTINI, “Gaio e les *Res cottidianae*”)

MARTY, Gabriel; **RAYNAUD**, Pierre – *Droit civil – les obligations*, 2.^a ed., Paris, Sirey, 1988 (MARTY, RAYNAUD, *Droit civil – les obligations*)

MARZO, Salvatore di – *Istituzioni di Diritto Romano*, 5.^a ed., Milano, Giuffrè, 1946 (MARZO, *Istituzioni*)

MAURER, Tobias – *Schuldübernahme: französisches, englisches und deutsches Recht in europäischer Perspektive*,

Tübingen, Mohr Siebeck, 2010 (MAURER, *Schuldübernahme*)

MAYR, Robert von – *Die Auslobung*, Wien, Marburg, 1905 (VON MAYR, *Die Auslobung*)

MAZUREK, Elizabeth Forbis – *Municipal Virtues in the Roman Empire: The Evidence of Italian Honorary Inscriptions*, Stuttgart, Teubner, 1996 (MAZUREK, *Municipal Virtues in the Roman Empire*)

MAZZARESE, Silvio – “*Invito beneficium non datur, gratuita del titolo e volontà di ricevere l’attribuzione*”, in *Il principio di gratuita* (ALFREDO GALASSO, SILVIO MAZZARESE ed.), Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 151 e ss. (MAZZARESE, “*Invito beneficium non datur, gratuita del titolo e volontà di ricevere l’attribuzione*”)

MCBRYDE, William W. – “Promises in Scots Law” in *42 International and Comparative Law Quarterly*, 1993, pp. 48 e ss. (MCBRYDE, “Promises in Scots Law”)

MCGINN, Norwich Marie – “Wittgenstein and Moore’s Paradox”, in *1 Image and Imaging in Philosophy, Science and the Arts* (R HEINRICH, E. NEMETH, W. PICHLER and D. WAGNER ed.), Frankfurt, 2011, pp. 59 e ss. (MCGINN, “Wittgenstein and Moore’s Paradox”)

MCGOVERN, William M. – “Contract in Medieval England: The Necessity for Quid pro Quo and a Sum Certain”, in *13 American Journal of Legal History*, 3, 1969, pp. 173 e ss. (MCGOVERN, “Contract in Medieval England”)

“The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages”, in *59 California Law Review*, 5, 1971 pp. 1145 e ss. (MCGOVERN, “The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages”)

MCKENDRICK, Ewan – *Contract Law*, 5.^a Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012 (MCKENDRICK, *Contract Law*, I)

Contract Law, 10.^a ed., New York, Palgrave Mcmillan, 2013 (MCKENDRICK, *Contract Law*, II)

MEENA R. L. – *Textbook on Law of Contract*, Dehli, Universal Law Publishing, 2008 (MEENA, *Law of Contract*)

MEIRELES Rose – *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009 (MEIRELES, *Autonomia privada e dignidade humana*)

MENDES, Armindo Ribeiro – *A Gestão de Negócios no Direito Civil Português*, ed. policopiada, 1971 (RIBEIRO MENDES, *Gestão de Negócios*)

MENDES, Evaristo Ferreira – “Garantias Bancárias. Natureza”, in *37 RDES*, 4, 1995, pp. 411 e ss. (EVARISTO MENDES, “Garantias Bancárias. Natureza”)

MENDES, João de Castro – “Da condição”, in *263 BMJ*, 1977 (CASTRO MENDES, “Da condição”) *Teoria Geral do Direito Civil*, I, II, ed. póstuma, Lisboa, AAFDL, 1978 (CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, I/II)

MESQUITA, Manuel Henrique – *Direitos Reais; Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, policop. (HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*)

MESSINA, Giuseppe – *La promessa di recompensa al pubblico*, (in *Scritti giuridici* II), Milano, Giuffrè, 1948 (MESSINA, *La promessa di recompensa al pubblico*)

MESSINEO, Francesco – *Dottrina generale del contratto*, 3.^a ed., Milano, Giuffrè, 1948 (MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*) *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. V, 9.^a ed., Milano, Giuffrè, 1958 (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*)

MILSOM, Stroud Francis Charles – *Historical Foundations of the Common Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press,

1981 (MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*)

MIRABELLI, Giuseppe – “Promessa unilaterali e mediazione” in 2 *Rivista di diritto commerciale*, 1953, pp. 165 e ss. (MIRABELLI, “Promessa unilaterali e mediazione”) *L’atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, E. Jovene, 1955 (MIRABELLI, *L’atto non negoziale*)

MIRANDA, Francisco Calvacanti Pontes de – *Da Promessa de Recompensa*, Campinas, Bookseller, 2001 (PONTES DE MIRANDA, *Da promessa de recompensa*)

MOLINA, Luís de – *De iustitia et iure tractatus*, Venezia, 1614 (MOLINA, *De iustitia et iure tractatus*)

MONCADA, Luís Cabral de Oliveira – *Elementos de História do Direito Romano*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1924 (OLIVEIRA MONCADA, *Direito Romano*)

MONCADA, Luís Solano Cabral de – *Lições de Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 1995 (CABRAL DE MONCADA, *Lições*)

MONTEIRO, Washington de Barros – *Curso de Direito Civil*, vol. V., 34.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1997 (BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*)

MONTERO, Étienne; **DEMOULIN**, Marie – “La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un regime en mouvement sous une lettre figée”, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxells, La Charte, 2004, pp. 61 e ss. (MONTERO, DEMOULIN, “La formation du contrat depuis le Code civil de 1804”)

MOOR, Anne de – “Are Contracts Promises?”, in *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. JOHN ECKELAR e JOHN BEDD), Third Series, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1987, pp. 103 e ss. (DE MOOR, “Are Contracts Promises?”)

MOREIRA, Guilherme Alves – *Instituições de direito civil português*, II – Das

obrigações, Coimbra, Coimbra Editora, 1925 (GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, II)

MOTTA, Antonio – *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1929 (MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*)

MOUTTE, Jacques Martin de la – *L’acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Bernard frères, 1951 (LA MOUTTE, *L’acte juridique unilatéral*)

MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich – *Lehrbuch des Pandekten-Rechts: nach der doctrinas pandectarum deutsch bearbeitet*, vol. II, Schwetschke, 1838 (MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*)

MÜLLEREISERT, Franz Arthur – *Das objektive Recht und die subjektiven Rechte*, Karlsruhe, Macklotsche, 1940

MULLIGAN, Kevin – “Promisings and other Social Acts: Their Constituents and Structure”, in *Speech Act and Sachverhalt: Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology* (KEVIN MULLIGAN ed.), Dordrecht, Nijhoff, 1987, pp. 29 e ss. (KEVIN MULLIGAN, “Promisings and other Social Acts”)

MUÑOZ, Xavier O’Callaghan – *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II: Derecho de obligaciones, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Aréces, 2016 (MUÑOZ, *Compendio*)

MÚRIAS, Pedro – “Um conceito de atribuição para o direito do não cumprimento”, in 104 *O Direito*, n.º 4, 2008, pp. 797 e ss. (PEDRO MÚRIAS, “Um conceito de atribuição...”)

MURRAY, John Edward – *On Contracts*, 3.^a ed., Charlottesville, The Michie Company, 1993 (MURRAY, *On Contracts*)

NANZ, Kalus-Peter – *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18 Jahrhundert*, München, Schweitzer, 1985 (NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs*)

NETTELBLADT, Daniel – *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae communis imperii romano germanici usui fori accomodatum*, Renger, 1749 (NETTELBLADT, *Systema elementare*)

NEWLAND, John – *A Treatise on Contracts*, Philadelphia, Benjamin Warner, 1821 (NEWLAND, *A Treatise on Contracts*)

NICOLÓ, Rosario – “Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell’obbligazione”, in *estratto dagli Annali dell’Università di Messina*, vol. VII, 1934-35, também in *Racolta di Scritti*, I, Milano, 1980, pp. 387 e ss. (NICOLÓ, “Il riconoscimento”)

NOBILI, Chiara – *Le obbligazioni*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2008 (NOBILI, *Le obbligazioni*)

NSIE, Étienne – *La remise de dette*, Université de Nancy 2, 1996 (NSIE, *La remise de dette*)

O’CONNOR, John Francis – *An Annotated Translation of the Letters of John of Salisbury*, Loyola University Chicago, paper n.º 672, policop., 1947 (O’CONNOR, *An Annotated Translation of the Letters of John of Salisbury*)

OWENS, David – “A Simple Theory of Promising”, in *115 The Philosophical Review*, 1, 2006, pp. 51 e ss. (OWENS, “A Simple Theory of Promising”)

PACCHIONI, Giovanni – *Contrati a favore dei terzi – studio di diritto romano, civile e commerciale*, Milano, Casa Editrice, 1928 (PACCHIONI, *Contrati a favore dei terzi*)

PALAZZO, Antonio – “Ricostruzione della patologia del negozio unilaterale attraverso la teoria di Giuseppe Benedetti”, in *Studi di*

onore di Giuseppe Benedetti, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 1289 e ss. (PALAZZO, “Ricostruzione della patologia del negozio unilaterale”)

PALMER, Vernon V. – *Mixed Jurisdictions Compared: Private Law in Louisiana and Scotland* (VERNON PALMER, ELSPETH REID ed.), Edinburgh, Edinburgh University Press, 2009 (PALMER, *Mixed Jurisdictions Compared*)

PARSONS, Theophilus – *The Law of Contract*, Boston, Little and Brown, 1860 (PARSONS, *The Law of Contract*)

PATRÍCIO, Francisco Javier – “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, in *Derecho Romano de Obligaciones: Homenaje al Professor José Luís Murga Gener* (FRANCISCO JAVIER SERRANO coord.), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 49 e ss. (PATRÍCIO, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”)

PERTILE, Antonio – *Storia del diritto italiano: dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*, IV, Torino, UTET, 1893 (PERTILE, *Storia del diritto italiano*)

PESTALOZZI, Alice – *Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Turbenthal, Buchdruckerei Rob, 1927 (PESTALOZZI, *Das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund*)

PHILLIMORE, John George – *Private Law among Romans from the Pandects*, London, Macmillan, 1863 (PHILLIMORE, *Private Law among Romans from the Pandects*)

PINHEIRO, Jorge Duarte – “O negócio consigo mesmo”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 141 e ss. (DUARTE PINHEIRO, “O negócio consigo mesmo”)

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, PAULO MOTA PINTO

ed.), Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral*)

PINTO, Paulo Mota – *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Coimbra, Almedina, 1995 (PAULO MOTA PINTO, *Declaração Tácita*)

PIPER, Henning – *Das BGB – Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshof*, vol. I, 12.^a ed., Berlim, de Gruyter, 1989 (PIPER, *Das BGB – Kommentar*)

PITSON, Anthony E. – “Hume on Promises and their Obligation”, in *XIV Hume Studies*, 1, 1988, pp.176 e ss. (PITSON, “Hume on Promises and their Obligation”)

PLANIOL, Marcel – *Traité élémentaire de droit civil*, II, 3.^a ed., vol. Paris, LGDJ, 1905 / *Tratado práctico de derecho civil francés* (trad. por MARIO DÍAZ CRUZ), vol. VI, La Habana, Cultural S.A., 1946 (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*)

FLOWDEN, Edmund – *The Commentaries or Reports of EDMUND FLOWDEN*, vol. I, London, S. Brooke, 1816 (FLOWDEN, *Commentaries*)

PLUCKNETT, Theodore F.; **BARTON**, John L. – *St. German's Doctor and Student*, London, Selden Society, 1974 (PLUCKNETT, *St. German's Doctor and Student*)

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas – *A Concise History of Common Law*, 5.^a ed., Boston, Little, Brown and Company, 1956 (PLUCKNETT, *A Concise History of Common Law*)

POLAY, Elemér – *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, Szeged, Facultas scientiarum politicarum et iudicarum universitatis szegediensis de Attila Jozsef nominatae, 1981

POLLOCK, Frederick; **MAITLAND**, Frederic William – *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I e II, 2.^a ed., 1898

(POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law*)

POOLE, Jill – *Textbook on Contract Law*, 13.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2016 (POOLE, *Contract Law*)

POSNER, Richard A. – “Gratuitous Promises in Law and Economics”, in *6 Journal of Legal Studies*, 1977, pp. 411 e ss. (POSNER, “Gratuitous Promises in Law and Economics”)

POTHIER, Robert Joseph – *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris, Rouzeau-Montaut, 1764 (POTHIER, *Traité des obligations*)

POWELL, John Joseph – *Essay Upon the Law of Contracts and Agreements*, London, Byrne & Moore, 1796 (POWELL, *Essay Upon the Law of Contracts and Agreements*)

PRATA, Ana – *O Contrato-Promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 1994, 2.^a reimp., de 2006 (ANA PRATA *Contrato-Promessa*)
Dicionário Jurídico, vol. V, 5.^a ed. (com colab. de JORGE MORAIS CARVALHO) atualizada e aumentada, Coimbra, Almedina, 2008 (ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*)

PRATO, Enrico del – *I regolamenti privati*, Milano, Giuffrè, 1988 (DEL PRATO, *I regolamenti privati*)

PROENÇA, José Carlos Brandão – “A hipótese da declaração (*latu sensu*) antecipada de incumprimento por parte do devedor”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 369 e ss. (BRANDÃO PROENÇA, “A hipótese da declaração (*latu sensu*) antecipada de incumprimento por parte do devedor”)

PRÜTTING, Hans; **WEGEN**, Gerhard; **WEINREICH**, Gerd – *BGB Kommentar*, Luchterhand Verlag, Köln, Wolters Kluwer, 2014 (PRÜTTING *et al.*, *BGB Kommentar*)

PUCHTA, Georg Friedrich – *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, Barth, 1838 (PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*)
Cursus der Institutionen, I, 10.^a ed., Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893 (PUCHTA, *Cursus der Institutionen*)

PUFENDORF, Samuel von – *Elementorum Jurisprudentiae universalis libri duo*, trad. por WILLIAM ABBOT OLDFATHER, Oxford, Oxford University Press, original de 1680, 1995, reimp. de 1931 (PUFENDORF, *Elementorum Jurisprudentiae*)
De jure naturae et gentium libri octo, Amesterdão, Adam Jughans, 1688 (PUFENDORF *De jure naturae et gentium*)

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2001 (PALMA RAMALHO, *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*)

RAMOS, F. Silveira – *Dicionário jurídico alemão-português*, Coimbra, Almedina, 1993 (SILVEIRA RAMOS, *Dicionário Jurídico Alemão-Português*)

RAU, Henrike – *Die Systematik der übertariflichen Zulage*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995 (RAU, *Die Systematik der übertariflichen Zulage*)

RAVANIS, Iacobus Butrigarius de – *Lectura super Codice*, Paris, 1561 (IACOBUS, *Lectura*)

RAVAZZONI, Alberto – *La formazione del contratto*, I, Milano, Giuffrè, 1966 (RAVAZZONI, *La formazione del contrato*)

RAWLS, John – “Two Concepts of Rules” in *64 The Philosophical Review*, 1955, pp. 3 e ss. (RAWLS, “Two Concepts of Rules”) *Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1999 (RAWLS, *Theory of Justice*)

RAZ, Joseph – *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970 (RAZ, *The Concept of a Legal System*)

RE, Edward Dominic – “The Roman Contribution to the Common Law”, in *29 Fordham Law Review*, 3, 1961, pp. 447 e ss. (RE, “The Roman Contribution to the Common Law”)

REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito*, 4.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1977 (REALE, *Lições*)

REDEN, Sitta von – *Exchange in Ancient Greece*, London, Biddles, 2003 (VON REDEN, *Exchange in Ancient Greece*)

REGO, Margarida Lima – “A promessa de exoneração de dívida a terceiro – pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 681 e ss. (LIMA REGO, “A promessa de exoneração de dívida a terceiro”)

REI, Maria Raquel Aleixo Antunes – “Da expectativa jurídica”, in *ROA*, 54, 1, Lisboa, 1994, pp. 149 e ss. (REI, “Da expectativa jurídica”)

REID, Thomas – *Essays on the Active Powers of the Human Mind – an Inquiry to the Human Mind on the Principles of Common Sense and an Essay on Quantity*, London, Thomas Tegg, 1843 (REID, *Essays*)

REINACH, Adolf – “Zur Phänomologie des Rechts: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts”, in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, I, 2, 1913, pp. 685 e ss. Versão inglesa trad. por J. F. CROSBY, “The Apriori Foundations of the Civil Law”, in *Aletheia, An International Journal of Philosophy*, III, 1983, pp. 1 e ss. (REINACH, “Die apriorischen Grundlagen”)

RHEINSTEIN, Max – *Gesammelte Schriften – Collected Works*, II, Tübingen, Mohr Siebeck, 1979 (RHEINSTEIN, *Gesammelte Schriften*)

RIBEIRO, Joaquim de Sousa – “As Fundações no Código Civil: Regime Actual e Projecto de Refroma”, in *Lusíada. Revista de Ciência e Cultura*, 1-2, 2001, pp. 59 e ss. (SOUSA RIBEIRO, “As Fundações no Código Civil”)

RICARDO, Joaquim Fernando – *Direito Tributário*, 16.^a ed., Porto, Vida Económica, 2014 (FERNANDO RICARDO, *Direito Tributário*)

RIEG, Alfred – *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand (Bibliothèque de droit privé)* vol. XIX, Paris, LGDJ, 1961 (RIEG, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*)

RIZZI, Miguel Angel – *Tratado de derecho privado romano*, Buenos Aires, Libería y Casa Editora de Jesus Menéndez, 1936 (RIZZI, *Tratado de derecho privado romano*)

ROBERTSON, David W. – “The Doctrine of Anticipatory Breach”, in *20 Louisiana Law Review*, 1, 1959, pp. 119 e ss. (ROBERTSON, “The Doctrine of Anticipatory Breach”)

ROCCA, Paolo Morozzo della – *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, Giuffrè, 1998 (DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*)

ROSATI, Connie – “The Importance of Self-Promises”, in *Promises and Agreements: philosophical essays* (H. SHEINMAN ed.), New York, Oxford University Press, 2011 (ROSATI, “The Importance of Self-Promises”)

ROSS, Alf – *Directives and Norms*, New York, Humanities Press / Alexander Grant, 2009, reimp. de 1968, (ROSS, *Directives and Norms*)

ROSSEL, Virgile – *Manuel du droit fédéral des obligations*, vol. I, 4.^a ed., Genève, Payot & Cie., 1920 (ROSSEL, *Manuel du droit fédéral des obligations*)

RUGGIERO, Roberto de – *Istituzioni di diritto civile*, III, 7.^a ed. Revista e aumentada, Milano, Messina, 1935 (DE RUGGIERO, *Istituzioni*)

SACCO, Rodolfo – “Contratto e negozio a formazione bilaterale”, in *Studi in onore di P. Greco*, vol. II, Padova, Cedam, 1965, pp. 951 e ss. (SACCO, “Contratto e negozio a formazione bilaterale”)

“La conclusione dell’accordo”, in *Il contratto in generale* (E. Gabrielli ed.), vol. I, Utet, Torino, 1999, pp. 61 e ss. (SACCO, “La conclusione dell’accordo”)

SAICHEV, Alexander, et al. – *Theory of Zipf’s Law and Beyond*, Springer, Heidelberg, 2010 (SAICHEV et al., *Theory of Zipf’s Law*)

SALISBURY, John of – *Letters of John of Salisbury*, vol. II (*The Late Years – 1163/1180*), ed. por W. J. MILLOR C. N. L. BROOKE, Oxford, Oxford University Press – Oxford Medieval Texts, 1979 (JOHN OF SALISBURY, *Letters of John of Salisbury*)

SAMUEL, Geoffrey; **RINKES**, Jac – *The English Law of Obligations in a Comparative Context*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991 (SAMUEL, RINKES, *The English Law of Obligations in a Comparative Context*)

SASTRE, Ramón Roca; **BRUTAU**, José Puig – *Estudos de derecho privado*, I, Madrid, Revista de derecho privado, 1948 (SASTRE, BRUTAU, *Estudos de derecho privado*)

SAVIGNY, Friedrich Carl von – *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I e III., Berlin, Veit, 1840 (SAVIGNY, *System*)

SAXOFERRATO, Bartolus de – *Commentaria in Corpus Juris Civilis*, Compagnie des Libraires, 1581 (BARTOLUS, *Commentaria*)

SBISÀ, Giuseppe – *La promessa al pubblico*, Milano, Giuffrè, 1974 (SBISÀ, *La promessa al pubblico*)

“Promessa al pubblico”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1991, pp. 1 e ss. (SBISÀ, “Promessa al pubblico”)

SCALISI, Vincenzo – “Negozio astratto”, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 52 e ss. (SCALISI, “Negozio astratto”)

SCANLON, T. M. – “Promises and Contracts”, in *The Theory of Contract Law: New Essays* (PETER BENSON ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 87 e ss. (SCANLON, “Promises and Contracts”)

SCHMID, Ulla – *Moore’s Paradox: a Critique of Representationalism*, Berlin, de Gruyter, 2014 (SCHMID, *Moore’s Paradox*)

SCHMIDLIN, Bruno – *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Cologne, Böhlau, 1970 (SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*)

“Die Beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: Das naturrechtliche Modell der Versprechenübertragung und das pandektische Modell der vereinigten Willenserklärungen”, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J. MEINCKE ed.), Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 187 e ss. (SCHMIDLIN, “Die Beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts”)

SCHREIBER, Klaus – “Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis”, in *Juristische Ausbildung*, 1, 2014, pp. 28 e ss. (SCHREIBER, “Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis”)

SCHROEDER, Severin – “Moore’s Paradox and First-Person Authority”, in *71 Grazer Philosophische Studien*, 2006, pp. 161 e ss. (SCHROEDER, “Moore’s Paradox and First-Person Authority”)

SCHUBERT, Frank August – *Introduction to Law and the Legal System*, 10.^a ed., Boston,

Wadsworth, 2012 (SCHUBERT, *Introduction to Law and the Legal System*)

SCHULZ, Fritz – *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951 (SCHULZ, *Classical Roman Law*)

SCHULZE, Götz – *Die Naturalobligation: Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 (SCHULZE, *Die Naturalobligation*)

SCHWARZ, A. B. – “Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts”, in *16 ARSP*, 1922-3, pp. 551 e ss. (SCHWARZ, “Das einseitige Rechtsgeschäft”)

SCIALOJA, Antonio – “La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione”, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, pp. 370 e ss. (SCIALOJA, “La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione”)

SCRUTTON, Edward Thomas – *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1885 (SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*)

SEARLE, John – *Speech acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969 (SEARLE, *Speech Acts*)

“Indirect Speech Acts”, in *3 Syntaz and Semantics: Speech Acts* (P. COLE, J. L. MORGAN), New York, Academic Press, 1975, pp. 59 e ss., reimp. in *Pragmatics: a Reader* (S. DAVIS ed.), Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 265 e ss. (SEARLE, “Indirect Speech Acts”)

Expression and Meaning – Studies in the Theory of Speech Acts, New York, Cambridge University Press, 1981, reimp. de 1979 (SEARLE, *Expression and Meaning*)
Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, ix; (SEARLE, *Intentionality*)
 “Interview (com G. HEYER e D. MUNCH):

Von der Sprachaktheorie zur Intentionalität”, in *Information Philosophie*, 1984, pp. 24 e ss. (SEARLE, “Interview: Von der Sprachaktheorie zur Intentionalität”)

SEARLE, John; VANDERVERKEN, Daniel – “Speech Acts and Illocutionary Logic”, in *Logic, Thought and Action* (D. VANDERVERKEN ed.), Dordrecht, Springer, 2005, pp. 109 e ss. (SEARLE, VANDERVERKEN, “Speech Acts and Illocutionary Logic”)

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz – “Do cumprimento como modo de extinção das obrigações”, in *BMJ* 34, 1953, pp. 5 e ss. (VAZ SERRA, “Do cumprimento...”)

“Do cumprimento como modo de extinção de obrigações”, in *BMJ* 34, 1953, pp. 116 e ss. (VAZ SERRA, “Do cumprimento como modo de extinção de obrigações”)

“Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral”, in *BMJ* 43, 1954, pp. 5 e ss. (VAZ SERRA, “Remissão”)

“Contrato a favor de terceiro. Contrato de prestação por terceiro”, in *BMJ* 51, 1955, pp. 44 e ss. (VAZ SERRA, “Contrato a favor de terceiro”)

“Gestão de Negócios”, in *BMJ* 66, 1957, pp. 45 e ss. (VAZ SERRA, “Gestão de Negócios”)

“Negócios abstractos. Considerações gerais. Promessa ou reconhecimento de dívida e outros actos”, in *BMJ* 83, 1957, pp. 5 e ss. (VAZ SERRA, “Negócios abstractos”)

“Objecto da obrigação. A prestação – suas espécies, conteúdos e requisitos”, in *BMJ* 74, 1958, pp. 15 e ss. (VAZ SERRA, “Objecto da obrigação”)

“Promessa pública” in *BMJ* 74, 1958, pp. 285 e ss. (VAZ SERRA, “Promessa pública”)

“Fontes das obrigações. O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes das obrigações”, in *BMJ* 77, 1958, pp. 127 e ss.” (VAZ SERRA, “Fontes das obrigações”)

“Perfeição da declaração de vontade – eficácia da emissão da declaração – requisitos especiais da conclusão do contrato”, in *BMJ* 103, 1961, pp. 5 e ss. (VAZ SERRA, “Perfeição da declaração de vontade”)

SHEINMAN, Hanoch – “Are Normal Contracts Normal Promises?”, in *24 Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 2004, pp. 517 e ss. (SHEINMAN, “Are Normal Contracts Normal Promises?”)

“Agreement as Joint Promise”, in *Promises and Agreements: philosophical essays* (H. SHEINMAN ed.), New York, Oxford University Press, 2011, pp. 373 e ss. (SHEINMAN, “Agreement as Joint Promise”)

SHIFFRIN, Seana – “The divergence of Contract and Promise”, in *Harvard Law Review*, 2006, pp. 708 e ss. (SHIFFRIN, “The divergence of Contract and Promise”)

SHUMMAN, Karl; SMITH, Barry – “Questions: An Essay in Daubertian Phenomenology”, in *39 Philosophy and Phenomenological Research*, 1985, pp. 763 e ss.; (SHUMMAN, SMITH, “An Essay in Daubertian Phenomenology”) “Adolf Reinach (1983-1917): An Intellectual Biography”, in *Speech Act and Sachverhalt. Reinach and the Foundations of Realist Phenomenology* (Kevin Mulligan ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987 [SHUMMAN, SMITH, “Adolf Reinach (1983-1917)”]

SIEGEL, Heinrich – *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht: eine germanistische Studie*, Berlin, F. Vahlen, 1873 (SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*)

SILVA, João Calvão da – “Cartas de Conforto”, in *Estudos de direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 369 e ss. (CALVÃO DA SILVA, “Cartas de Conforto”)

SIMPSON, Alfred William Brian – “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, in *91 Law Quarterly Review*, 1975, pp. 247 e ss. (SIMPSON, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”)

A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit, I, New York, Oxford University Press, 1987 (SIMPSON, *The Rise of the Action of Assumpsit*)

Legal Theory and Legal History: Essays on the Common Law, London, The Hambledon Press, 1987 (SIMPSON, *Legal Theory and Legal History*)

SITZIA, Francesco – “Promessa unilaterali (storia)”, in *Enciclopedia di Diritto*, XXXVII, 1988, pp. 22 e ss. [SITZIA, “Promessa unilaterali (storia)”]

SLACKMAN, Michael – “The Fine Art of Hiding What You Mean to Say”, in *New York Times*, 6 de Agosto de 2006, *Week in Review*, p. 5 (SLACKMAN, “The Fine Art of Hiding What You Mean to Say”)

SMITH, Barry – “Towards a History of Speech Act Theory”, in *Speech Acts, Meanings and Intentions* (A. BURKHARDT ed.), Berlin/New York, de Gruyter, 1990 (SMITH, “Towards a History of Speech Act Theory”)

“An Essay on Material Necessity”, in *Return of the A Priori* (P. HANSON e B. HUNTER ed.), in *Canadian Journal of Philosophy*, suppl. vol. 18, 1992 (SMITH, “Towards a History of Speech Act Theory”)

SMITH, Monroe – “Elements of Law”, in *6 Studying Law – Louisiana Law Review*, 4, 1946, 2.^a ed., 1955, pp. 341 e ss. (SMITH, “Elements of Law”)

SMITS, Jan Martien – *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid: beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*, Leiden, Arnhem, 1995 (SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*)

SÖLLNER, Alfred – *Die causa im Konditionen und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentoren und Kanonisten*, Frankfurt, Vita, 1958 (SÖLLNER, *Die causa im Konditionen und Vertragsrecht*)

SOLOMON, Dennis – *Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen: rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht und zu*

den Rechtsordnungen des Common Law, MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004 (SOLOMON, *Der Bereicherungsausgleich in Anweisungsfällen*)

SOTO, Domingo de – *De iustitia et iure*, Honoratus, 1582 (SOTO, *De iustitia et iure*)

SPADA, P. – “*Cautio quae indiscrete loquitur*: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento”, in *RDC*, 1978, pp. 673 e ss. (SPADA, “*Cautio quae indiscrete loquitur*”)

STAAKE, Marco – “Autonomy – A Legal Axiom”, in *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law* (TIM DRYGALA et al.), München, Sellier, 2012, pp. 1 e ss. (STAAKE, “Autonomy – A Legal Axiom”)

STAUNTON, Michael (ed.) – *The Lives of Thomas Becket*, Manchester, Manchester University Press, 2001 (STAUNTON, *The Lives of Thomas Becket*)

STEINBERG, Justin – *Dante and the Limits of the Law*, Chicago, Chicago University Press, 2013 (STEINBERG, *Dante and the Limits of the Law*)

STOLJAR, Samuel J. – “The Ambiguity of Promise”, in *47 Northwestern University Law Review*, 1952, pp. 1 e ss. (STOLJAR, “The Ambiguity of Promise”)

“The False Distinction between Bilateral and Unilateral Contracts”, in *64 Yale Law Journal*, 1955, pp. 515 e ss. (STOLJAR, “The False Distinction”)

“Promise, Expectation and Agreement”, in *42 Cambridge Law Journal*, 1988, pp. 194 e ss. (STOLJAR, “Promise, Expectation and Agreement”)

STOLL, Hans – “Review of Der Verzicht im Schuldrecht”, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2007, pp. 396-8 (STOLL, “Review of Der Verzicht im Schuldrecht”)

STOLTE, Bernard – “The Byzantine Law of Obligations”, in *Obligations in Roman Law*:

Past, Present and Future (THOMAS A. J. MCGINN ed.), Michigan, The University of Michigan Press, 2013 (STOLTE, “The Byzantine Law of Obligations”)

STONE, Richard; DEVENNEY, James – *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 3.^a ed., New York Routledge, 2014 (STONE, DEVENNEY, *Contract Law*)

STORY, William Wetmore – *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*, Boston, Little & Brown, 1851 (STORY, *A Treatise on the Law of Contracts Not Under Seal*)

STREET, Thomas Atkins – *The Theory and Development of Common-Law Actions*, Washington, BeardBooks, 1999, reimp. de 1906 (STREET, *The Theory and Development of Common-Law Actions*)

SUAREZ, Ursicino Alvarez – *Instituciones de derecho romano*, I, Madrid, Dykinson, 1973 (SUAREZ, *Instituciones de derecho romano*)

SWAIN, Warren – “The Changing Nature of the Doctrine of Consideration: 1750-1850”, in *24 The Journal of Legal History*, 1, 2005, pp. 55 e ss. (SWAIN, “The Changing Nature of the Doctrine of Consideration: 1750-1850”)

“The Classical Model of Contract: the Product of a Revolution in Legal Thought?”, in *30 Legal Studies*, 4, 2010, pp. 513 e ss. (SWAIN, “The Classical Model of Contract”) “Contract as Promise: The Role of Promising in the Law of Contract. An Historical Account”, in *The Edinburgh University Press* 17, 1, 2013, pp. 1 e ss. (SWAIN, “Contract as Promise”)

TALAMANCA, Mario – “Conventio e Stipulatio”, in *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea: atti del Convegno di Diritto Romano*, Naples, Jovene Editore 1991, pp. 163 e ss. (TALAMANCA, “Conventio e Stipulatio”)

TAMBURRINO, Giuseppe – “Promessa unilaterale e offerta di contratto al pubblico”,

in *GCCC*, III, 1949, pp. 467-71 (TAMBURRINO, “Promessa unilaterale e offerta di contratto al pubblico”)

Promessa unilaterale, estratto dal *diz. prat. dir. priv.*, Milano, 1950 (TAMBURRINO, *Promessa unilaterale*)

TAYLOR, Richard; TAYLOR, Damian – *Contract Law Directions*, Oxford, Oxford University Press, 2015 (TAYLOR, TAYLOR, *Contract Law*)

TELLES, Inocência Galvão – *Direito das Obrigações*, 7.^a Edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2010 (GALVÃO TELLES, *Obrigações*)

Manual dos Contratos em Geral, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (GALVÃO TELLES, *Contratos*)

Nota: quaisquer referências a GALVÃO TELLES, no corpo do texto, serão referências a INOCÊNCIO GALVÃO TELLES salvo declaração expressa em contrário.

TELES, Miguel Galvão – *Obrigações de emitir declaração negocial*, Coimbra, Almedina, 2012, reimp. de 1963 (MIGUEL GALVÃO TELES, *Obrigações de emitir declaração negocial*)

TEUBNER, Gunther – “Introduction to Autopoietic Law” in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (Ed. G. TEUBNER), Series A-8, Berlin, Walter de Gruyter, 1988 (TEUBNER, “Introduction to Autopoietic Law”)

“How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, in *23 Law & Society Review*, 5, 1989, pp. 727 e ss. (TEUBNER, “How the Law Thinks”)

O Direito como Sistema Autopoiético, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993 (TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*)

THIBAUT, Anton Friedrich Justus – *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, vol. I, Jena, 1803 (THIBAUT, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*)

THOMSON, John A. F. – *The Early Tudor Church and Society: 1485-1529*, New York,

Routledge, 2014, reimp. de 1993 (THOMSON, *The Early Tudor Church and Society*)

TIERSMA, Peter Meijes – “Reassessing Unilateral Contracts: The Role of Offer, Acceptance and Promise”, in 26 *UCD Law Review*, pp. 1 e ss. (TIERSMA, “Reassessing Unilateral Contracts”)

TODD, Stephen Charles – *The Shape of Athenian Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, reimp. de 1995 (TODD, *The Shape of Athenian Law*)

TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz – “Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust”, in *OA Doutrina*, disponível eletronicamente em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=65580&ida=65532 (MARIA TOMÉ, “Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust”)

TOMLINS, Thomas-Edlyne – *The Law Dictionary: Defining and Interpreting the Terms of Words of Art, and Explaining the Rise, Progress and Present State of the English Law*, London, C. & R. Baldwin, 1810 (TOMLINS, *The Law Dictionary*)

TORRENT, Armando – *El negocio jurídico en derecho romano*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1984 (TORRENT, *El negocio jurídico en derecho romano*)

TRABUCCHI, Alberto – *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1962 (TRABUCCHI, *Istituzioni*)

TREITEL, Guenter Heinz – *The Law of Contract*, 13^o ed. (EDWIN PEEL ed.), London, Sweet & Maxwell, 2013, reimp. de 2011 (TREITEL, *The Law of Contract*)

TUHR, Andreas von – *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, Berlin, Duncker & Humblot, 1914 (VON TUHR, *Allgemeiner Teil*)

UBALDIS, Baldus de – *Commentaria in Sextum cod. Lib*, Maurice Roy, 1585 (BALDUS, *Commentaria*)

VARELA, João de Matos Antunes – *Ensaio sobre o conceito de modo*, Coimbra, Atlântica, 1955 (ANTUNES VARELA, *Ensaio sobre o conceito de modo*)
Das Obrigações em Geral, I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2014 (ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I)

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Contratos Atípicos*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009 (PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*)
Teoria Geral do Direito Civil, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2015 (PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral*)

VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *A autorização*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2016 (PAIS DE VASCONCELOS, *A autorização*)

VICENTE, Dário Moura – *Direito Comparado*, I, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2012 (MOURA VICENTE, *Direito Comparado*)

VIEIRA, José Alberto – *Direitos Reais*, Coimbra, Almedina, 2017, reimp. de 2008 (ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*)

VILLANOVA, Ronald – *Legal Promise: A Non-Traditional Guide for Paralegal and Law Students*, Fort Lauderdale, Llumina Press, 2005 (VILLANOVA, *Legal Promise*)

VILLIGER, Mark Eugen – *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009 (VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*)

VOGEL, Joachim – *Juristische Methodik*, Berlin, Walter de Gruyter, 1998 (VOGEL, *Juristische Methodik*)

VOLANTE, Raffaele – *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei pati e individuazione del tipo*.

Glossatori e ultramontani, Milano, Giuffrè, 2001 (VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*)

VOLTERRA, Edoardo – *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Edizioni Ricerche, 1961 (VOLTERRA, *Istituzioni*)

WADDAMS, Stephen – *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

WALKER, David Maxwell – *The Law of Contracts and Related Obligations in Scotland*, Edinburgh, T&T Clarke, 1995 (WALKER, *The Law of Contracts and Related Obligations*)

The Scottish Legal System – An Introduction to the Study of Scots Law, 8.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2001

WALL, Fabian – *Das Valutaverhältnis des Vertrags zugunsten Dritter auf den Todesfall - ein Forderungsvermächtnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010 (WALL, *Das Valutaverhältnis des Vertrags zugunsten Dritter*)

WALTER, Henry – *A History of England: in which it is intended to consider men and events on Christian principles*, vol. I, London, C. & J. Rivington, 1828 (WALTER, *A History of England*)

WATSON, Alan – *The Law of the Ancient Romans*, Dallas, Southern Methodist University Press, 1970 (WATSON, *The Law of the Ancient Romans*)

“The Evolution of Law: the Roman System of Contracts”, in *2 Law and History Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, pp. 1 e ss. (WATSON, “The Evolution of Law”)

WATT, Donald E. R. – *A Biographical Dictionary of Scots Graduates to 1410*, Oxford, Oxford University Press, 1977 (WATT, *A Biographical Dictionary of Scots Graduates to 1410*)

WEBB, Charlie – “Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation”, in *26 Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 2006, pp. 41 e ss. (WEBB, “Performance and Compensation”)

WHITMAN, James Q. – *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton, Princeton University Press, 1990 (WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*)

WHITTAKER, S. – “Introductory”, in *Chitty On Contracts* (H.G. BEALE ed.), I, 30.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2008 (WHITTAKER, “Introductory”)

WIEACKER, Franz – *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed., Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967 (WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*)

“Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno – Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (P. GROSSI ed.), Milano, 1973, pp. 223 e ss. (WIEACKER, “Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”)

WIGMORE, John Henry – *A Panorama of the World's Legal Systems*, vol. I, Saint Paul, West Publishing Company, 1936 (WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems*)

BUCKLAND, William Warwick – *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1912 (BUCKLAND, *Elementary Principles of the Roman Private Law*)
The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1931 (BUCKLAND, *Institutions of Roman Private Law*)

A Text-Book of Roman Law – from Augustus to Justinian, 3.^a ed. (por PETER STEIN), Cambridge, Cambridge University Press, 1963 (BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law*)

WILLIAMS, Ann – *The English and the Norman Conquest*, Woodbridge, Boydell & Brewer Ltd., 2000, reimp. de 1997 (WILLIAMS, *The English and the Norman Conquest*)

WINDSCHEID, Bernard; **KIPP**, Theodor – *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 9.^a ed., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1879, (WINDSCHEID, KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*)

WITZ, Claude – *Droit privé allemand*, I, Paris, Litec, 1992 (WITZ, *Droit privé allemand*)

WOLF, Manfred; **NEUER**, Jörg – *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10.^a ed., München, C. H. Beck, 2012 (WOLF, NEUER, *Allgemeiner Teil*)

WOLFF, Christian – *Ius naturae: methodo scientifica pertractatum*, vol. III, Frankfurt-am-Main, 1764 (WOLFF, *Ius naturae*)

WOLFF, Hans Julius – *Roman Law. An Historical Introduction*, Norman, University of Oklahoma Press, 1951 (HANS WOLFF, *Roman Law*)

WORMS, René – *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris,

Giard et Brière, 1891 (WORMS, *De la volonté unilatérale*)

WRIGHT, Georg Henrik von – “On Promises”, in *28 Theoria*, 1962, pp. 276 e ss. (VON WRIGHT, “On Promises”) *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963 (VON WRIGHT, *Norm and Action*)

ZIMMERMANN, Reinhard – *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1996 (ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*)

“Europa und das Römische Recht”, in *202 Archiv für die Civilistische Praxis*, 2002, pp. 243 e ss. (ZIMMERMANN, “Europa und das Römische Recht”)

“Vertrag und Versprechen: deutsches Recht und Principles of European Contract Law”, in ‘Vergleich’, in *Festschrift für Andreas Heldrich*, München, C. H. Beck, 2005, pp. 467 e ss. (ZIMMERMANN, “Vertrag und Versprechen”)

“Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe”, in *Towards an European Civil Code* (A. S. HARTKAMP ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011 (ZIMMERMANN, “Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe”)

ZITELMANN, Ernst – *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1879 (ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*)

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA¹²²⁰

ÁFRICA DO SUL

- *Friend v Sendal* (A973/2010, 24425/2009) [2012] ZAGPPHC 162

ALEMANHA

- RG, de 16-12-1918
- RG, de 3-06-1921
- BGH, de 16-01-1980

AUSTRÁLIA

- *Cannon v. Hartley*, [1949] Ch. 213; 1 All E. R. 50
- *Larkin v. Girvan* (1940) SR (NSW)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

- *Lawrence v. Fox*, 20 NY 268(1859)
- *McCarty v. Beach*, 10 Cal. 461 (1953)
- *Reynolds v. Charbeneau*, 744 Sw 2d 365 (1988)
- *Rhode Island Hospital Trust National Bank v. Varadia & others*, 647 NE 2nd 1174, 1177 (1995)
- *Rode Oil Co. v. Lamar Adver. Co.*, No. W2007-02017-COA-R3-CV (2008)
- *Trustees of Jesse Parker Williams Hospital v. Nisbet*, 189 Ga. 807, Ga. Supreme Court (1940)
- *Wing v. Chase*, 35 Me. 260
- *Woodbridge Place Apartments v. Wash. Square Capital Inc.*, 965 F.2nd 1429 (1992)

INGLATERRA

- *Adler v. Ananahall Advisory & Consultancy Services Ltd.* [2009] EWCA Civ. 586
- *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10
- *Avofos Shipping Co. S. A v. R. Pagnana and F. LLI (The Afovos case)* [1983] 1 WLR 195
- *Barber v Fox* (1682) 2Wms. Saund. 134 n.(e)
- *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. Ltd. v. Farnham (Inspector of Taxes)* 1957 1 WLR 1051
- *British Waggon Co. v. Lea & Co* (1880) 5 QBD 149
- *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893) 1 QB 256
- *Clarion Ltd. V. National Provident Association* [2000] 1 WLR 1888; 2 All ER 265
- *Cox v. Troy* (1822) 5 B & Ald 474, 480
- *Customs & Exercise Commissioners v National Westminster Bank Plc* [2002] EWHC 2204; [2003] 1 All ER (Comm) 327
- *Davies v. Collins* [1945] 1 All ER 247
- *Deacon v. Gridley* (1854) 15 CB 295
- *Garrok v. Heytesbery*, 11 Rich. 2 (Ames) 4, 6 (1387)
- *Glasbrook Brothers Ltd v. Glamorgan County Council* [1925] AC 270 (HL)
- *Hadley v. Baxendale*, (1874) EWHC Exch J70
- *Hall v. Palmer* (1844) 3 Hare 532
- *Harmer v. Cornelius* (1858) 5 CB (NS) 236
- *Harvela Investments Ltd v. Royal Trust Co. of Canada (C.I.) Ltd.* (1986) 1 AC 207
- *Hirachand Punamchand v. Temple* [1919] 2 KB 330
- *Hochster v. De la Tour* (1853) 2 E&B 678
- *Hughes v Greenwich LBC* [1994] 1 AC 170
- *Hurford v. Pile* (1618) Cro. Jac. 483
- *Jones v. Ashburnham* (1804) 4 East 455, 102 ER 905

¹²²⁰ A lista de jurisprudência dos ordenamentos de *common law* está disposta por ordem alfabética; quanto aos países de *civil law* optou-se por uma ordenação por data – do caso mais antigo ao mais recente.

- *Joscelin v. Shelton* (1557) 2 Leon. 4
- *Koenigsblatt v. Sweet* [1923] 2 Ch 314
- *Lawrence v. Fox*, 20 NY 268(1859)
- *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* (1994) 1 AC 85
- *Little v. Courage Ltd.* (1995) 70 P&CR 469
- *Luxor (Eastbourne) Ltd. v. Cooper* [1941] AC 180
- *Lymington Marina Ltd. v. Macnamara* [2007] EWCA Civ. 151; [2007] 2 All ER Comm 285
- *Macedo v. Stroud* [1922] 2 A.C. 220
- *Marcan Shipping (London) Ltd. V. Polish Steamship Co. (The Manifest Lipkowsky)*, 2 Lloyd's Rep 138
- *McAuley v Bristol CC* [1992] QB 134
- *Mitchinson v. Hewson* (1799) 7 TR 348
- *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A. M. Satterthwaite & Co. Ltd. (The Eurymedon)* (1975) AC, 154
- *North Ocean Shipping v Hyundai Constructions Co. Ltd. ("The Atlantic Baron")* (1979) Q. B. 705
- *Pillans & Rose v. Van Mierop & Hopkins* (1765) 3 Burr 1663, 1670
- *Potter v. Pearson* (1703) 2 Ld Raym 759, 92 ER 7
- *Pykeryng v. Thoroughgood*, KB (1532)
- *Rann v. Hughes*, 4 Brown 27, 31, 2, Eng. Rep 18, 21 (1778)
- *Rattlesdene v. Grunestone* (1317) YB 10 Edward II (54 SS) 14
- *Reniger v. Fogossa* 75 Eng. Rep. 1 (1551); 1 Plowd. 1, 75 Eng. Rep. 1 (KB 1550)
- *Rogers v. Snow* (1573) Dalison 94
- *Routledge v. Grant* (1828) 3 C & P 269, 172 ER 415
- *Schweppe v. Harper* [2008] EWCA Civ 444
- *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd.* [1939] 2 KB 206
- *Skyrne v. Butolf*, 11 Rich. 2 (Ames) 223, 227 (1388)
- *Slade's case* 76 ER 1072 (1602)
- *Stewart v. Reavell's Garage* [1952] 2 QB 545
- *Stubbs v. Trower Still and King* [1987] IRLR 321
- *Sturlyn v. Albany Cro.* Eliz 67, QB (1587)
- *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B&S 826

- *The Case of John Doige*, 51 Sel. Soc. 97 K. B. (1442)
- *The Unique Mariner* (1979), no. 2 Lloyd's Rep 37
- *Thomas v. Thomas* (1842) 2 Q.B. 851
- *Trollope & Colls Ltd. v. North West Regional Hospital Board* [1973] 1 WLR 601
- *Tweddle v. Atkinson* [1861] EWHC QB J57; 1 B. & S. 393
- *Williams v. Carwardine* (1833) 5 C. & P. 566, 4 B. & Ad., 621

ITÁLIA

- Cass. 04-09-1952, n.º 2514
- Cass. 20-06-1958, n.º 2164
- Cass. 30-3-1960, n.º 693
- Cass. 15-07-1966, n.º 1912
- Cass. 18-05-1967, n.º 1039
- Cass. 10-02-1969, n.º 449
- Cass. 2-12-1974, n.º 3929
- Cass. 26-02-1988, n.º 2064
- Cass. 14-03-1991, n.º 2674
- Cass. 8-03-1995, n.º 2707
- Cass. 6-10-1995, n.º 10500
- Cass. 12-11-1999, n.º 11158
- Cass. 11-12-2000, n.º 15575
- Cass. 11-11-2005, n.º 22898
- Cass. 20-01-2006, n.º 1101
- Cass. 24-08-2012, n.º 14618

PORTUGAL

- STJ, proc. n.º 078601, de 09-01-1990 (ELISEU FIGUEIRA)
- STJ, proc. n.º 081779, de 23-05-1991 (FERNANDO FABIÃO)
- STJ, proc. n.º 081334 de 07-01-1992 (CURA MARIANO)
- TRP, proc. n.º 9130463, de 16-03-1992 (ALVES CORREIA)
- STJ, proc. n.º 082779, de 14-01-1993 (FERREIRA DA SILVA)
- STJ, proc. n.º 98S348, de 17-02-1999 (ALMEIDA DEVEZA)

- TRP, proc. n.º 0030587, de 23-08-1999 (LEONEL SERÔDIO)
 - TCAS, proc. n.º 1902/99, de 28-09-1999 (F. XAVIER)
 - TRL, proc. n.º 0080708, de 02-03-2000 (SALAZAR CASANOVA)
 - TRP, proc. n.º 0031148, de 02-11-2000 (LEONEL SERÔDIO)
 - STJ, proc. n.º 02A1442, de 06-06-2002 (GARCIA MARQUES)
 - STJ, proc. n.º 03A057, de 09-07-2002 (REIS FIGUEIRA)
 - STJ, proc. n.º 02B2620, de 17-10-2002 (ARAÚJO BARROS)
 - STJ, proc. n.º 03B4157, de 26-06-2003 (ARAÚJO BARROS)
 - STJ, proc. n.º 03B3634 de 11-12-2003 (LUCAS COELHO)
 - TRC, proc. n.º 1700/03, de 08-06-2004 (HÉLDER ALMEIDA)
 - TRC, proc. n.º 1700/03, de 08-06-2004 (HÉLDER ALMEIDA)
 - STJ, proc. n.º 05A1247, de 07-06-2005 (FERNANDES MAGALHÃES)
 - TRL, proc. n.º 10878/2005-7, de 14-02-2006 (PIMENTEL MARCOS)
 - STJ, proc. n.º 06A1509, de 20-06-2006 (SEBASTIÃO PÓVOAS)
 - STJ, proc. n.º 06S490, de 20-09-2006 (SOUSA GRANDÃO)
 - STA, proc. n.º 0302/04 de 17-10-2006 (ROSENDO JOSÉ)
 - TRC, proc. n.º 339/2001.C1, de 19-12-2006 (TELES PEREIRA)
 - STJ, proc. n.º 07A1999, de 07-07-2007 (FONSECA RAMOS)
 - TRL, proc. n.º 1150/2007, de 15-05-2007 (RUI VOUGA)
 - STJ, proc. n.º 07A988, de 24-05-2007 (ALVES VELHO)
 - STJ, proc. n.º 08A1471, de 10-07-2008 (GARCIA CALEJO)
 - TRP, proc. n.º 0833700, de 16-10-2008 (DEOLINDA VARÃO)
 - STJ, proc. n.º 08A3600, de 12-02-2008 (PAULO SÁ)
 - TRE, proc. n.º 3193-08-2, de 05-02-2009 (JOÃO MARQUES)
 - STJ, proc. n.º 08S3622, de 12-03-2009 (SOUSA PEIXOTO)
 - STJ, proc. n.º 274/07.6TTBRR.S1, de 25-11-2009 (SOUSA GRANDÃO)
 - STJ, proc. n.º 312-C/2000.C1-A.S1, de 10-12-2009 (MOREIRA ALVES)
 - STJ, proc. n.º 884/07.1TTSTB.S1, de 10-12-2009 (PINTO HESPAHOL)
 - STJ, proc. n.º 373/08.7TBOAZ-A.P1.S1, de 07-07-2010 (SERRA BAPTISTA)
 - TRE, proc. n.º 601/09.1TTFAR.E1, de 24-03-2011 (JOÃO LUÍS NUNES)
 - STJ, proc. n.º 5903/09.34TVLSB.L1.S1, 10-05-2011 (GABRIEL CATARINO)
 - STJ, proc. n.º 124/07.3TBMTRA.L1.S1, de 10-11-2011 (MARTINS DE SOUSA)
 - STJ, proc. n.º 4719/10.0TBMETS-A.S1, de 10-11-2011 (ALVES VELHO)
 - STJ, proc. n.º 25/09TBVCT.G1.S1, de 10-01-2012, (MARTINS DE SOUSA)
 - STJ, proc. n.º 987/06.0TBFAF.G1.S1, de 12-01-2012 (SERRA BAPTISTA)
 - STJ, proc. n.º 111-07.1TTLSB.L1.S1, de 15-03-2012 (SAMPAIO GOMES)
 - STJ, proc., n.º 2984/04.0TBCSC.L1.S1, de 26-06-2012 (GARCIA CALEJO)
 - STJ, proc. n.º 376/08.1TBOFR-A.C1, de 22-01-2013 (NUNO CAMEIRA)
 - TRP, proc. n.º 180/08.7TBAMT-A.P1, de 14-05-2013 (MARIA JOÃO AREIAS)
 - STJ, proc. n.º 532/2001.L1.S1, de 25-06-2013 (FONSECA RAMOS)
 - TRP, proc. n.º 1300/12.2TBPFR-A.P1, de 24-04-2014 (JUDITE PIRES)
 - STJ, proc. n.º 303/2002.P1.S1, de 07-05-2014 (LOPES DO REGO)
 - STJ, proc. n.º 99709/11.0YIPRT.L1S, de 09-07-2014, (PINTO DE ALMEIDA)
 - STJ, proc. n.º 1909/07.6TBVFR.P1.S, de 16-06-2015, (MARIA CLARA SOTTOMAYOR)
- SUIÇA**
- ATF 39/1913 II, p. 592.

RESUMO

A presente tese tem como objeto o estudo da promessa unilateral no direito civil como fonte de obrigações. Pretende-se saber até onde e em que medida é possível, através de uma promessa, constituir-se uma obrigação jurídica independentemente da aceitação por parte do promissário.

Identifico, através de uma análise histórico-comparativa, os indícios e as razões subjacentes ao modelo de regime-exceção de vinculações unilaterais que atualmente vigora na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

Proponho uma teoria da promessa transversal à questão da lateralidade do negócio jurídico.

Aprofundo o estudo do princípio da tipicidade dos negócios unilaterais obrigacionais, com especial destaque para a promessa pública.

Analiso criticamente os fundamentos jurídicos e filosóficos habitualmente usados para justificar um regime fechado à promessa unilateral.

Concluo que tais fundamentos são baseados no dogma do consensus, um preconceito há muito consolidado nos ordenamentos jurídicos que deve ser reapreciado.

Defendo que é possível conceber um regime jurídico mais favorável à ideia de vinculação unilateral, nos termos do qual se consegue manter em perfeito equilíbrio a liberdade de alguém se querer obrigar perante outrem e a liberdade de alguém em não querer que, sem o seu consentimento, lhe seja atribuído, por terceiro, qualquer benefício.

ABSTRACT

This thesis focuses on the study of unilateral promises in civil law as a source of legal obligations. It aims to understand the scope and manner through which it is possible to create by promise a legal obligation independently from an acceptance by the promisee.

I identify through a comparative historical analysis the reasons and traces underpinning the current model of exception-regime of unilateral bonds in force in most jurisdictions.

I propose a theory of promise transversal to unilateral promises and contracts.

I develop the study of the principle of limitation of the types of unilateral legal acts with special emphasis on the promise of rewards.

I analyse critically the legal and philosophical foundations commonly used to justify a closed regime of acceptance of unilateral promises.

I conclude that such arguments are based on the dogma of consensus, a long-established prejudice in legal systems that must be reassessed.

I argue that it is possible to conceive a legal regime more welcoming to the idea of unilateral bonds, under which it is possible to maintain a perfect balance between the freedom of the person whom wants to be bound before another person and the freedom of the person whom does not which that any benefit is bestowed by a third person, without his or hers consent.

RÉSUMÉ

La thèse présente a comme objet l'étude de la promesse unilatérale dans le droit civil comme source d'obligations. Elle vise à connaître l'étendue et de quelle façon est-il possible, au moyen d'une promesse, se constituer une obligation juridique indépendamment de l'acceptation du bénéficiaire.

J'identifie, par une analyse historique-comparative, les indices et les raisons sous-jacentes au modèle de régime-exception de liens unilatéraux actuellement en vigueur dans la plupart des cadres juridiques.

Je propose une théorie de la promesse transversale à la question de la latéralité de l'acte juridique.

J'approfondis l'étude du principe de la typicité des actes unilatéraux obligatoires, visant en particulier la promesse publique.

J'analyse de façon critique les fondements juridiques et philosophiques utilisés habituellement pour justifier un système fermé à la promesse unilatérale.

Je conclus que tels fondements sont basés sur le dogme du consensus, un préjugé consolidé depuis longtemps dans les cadres juridiques qui devra être réévalué.

Je défends qu'il est possible de concevoir un régime juridique plus réceptif à l'idée d'engagement unilatéral, aux termes duquel sera possible maintenir un équilibre parfait entre la liberté de quelqu'un qui veut s'engager vis-à-vis à autrui et la liberté de quelqu'un qui ne veut pas, sans son consentement, que lui soit attribuée, par un tiers, n'importe quel bénéfice.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	I
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES	III
ABREVIATURAS E ACRÓNIMOS.....	V
LEGENDA DE SÍMBOLOS RELEVANTES	IV
NOTA INTRODUTÓRIA	V
 CAPÍTULO I - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IDEIAS PROMISSÓRIAS.....	 1
1. Motivo da delimitação histórica; enquadramento cronológico	1
2. Direito Romano.....	2
2.1. Antecedentes históricos da figura e metodologia adotada.....	2
2.2. <i>Promissio</i> : conceito geral	9
2.3. Do modelo bipartido ao modelo quadripartido.....	10
2.3.1. <i>Obligatio</i> : origem	10
2.3.2. As fontes obrigacionais do direito romano.....	12
2.4. A “aparição” da <i>promissio</i> na <i>stipulatio</i>	15
2.5. Identificação de promessas unilaterais como fonte de obrigação.....	20
3. Direito intermédio.....	27
3.1. Pensamento jurídico da Europa continental	27
3.1.1. <i>Vestimentum, causa e consensus</i>	27
a. Glosadores	27
b. Comentadores	32
c. O direito canónico: em particular, a influência de Aquinas	35
3.1.2. O adensamento da discussão nos séc. XVI e XVII: vinculatividade jurídica da promessa – justiça comutativa vs liberalidade.....	39
3.2. Pensamento jurídico inglês: a ascensão e queda da promessa unilateral	46
3.2.1. Enquadramento histórico e relação com o <i>ius romanum</i>	46
3.2.2. Ascensão.....	48
a. A tripla relevância jurisdicional da promessa	48
b. <i>Forms of action</i>	53
3.2.3. Queda.....	59
3.3. De volta à Europa continental: o holocausto da promessa unilateral e a escola clássica de direito natural	64
3.4. STAIR e o desvio do direito escocês.....	70
4. A revolução dos séculos XVIII e XIX	74
4.1. Pensamento anglo-americano: consolidação da morte da promessa unilateral; ressuscitamento e reconstrução concetual	74
4.2. Pensamento jurídico de <i>civil law</i> : uma nova causa para a <i>causa</i> no quadro da teoria do ato jurídico.....	80
4.2.1. França	81
4.2.2. Tradição germânica	84

4.2.3. Itália	89
5. Panorama do séc. XX e atual; remissão	90
 CAPÍTULO II - PARA UMA TEORIA DA PROMESSA	91
1. Necessidade de construção de um modelo jurídico-linguístico	91
2. Decomposição e análise	97
2.1. Definição genérica	97
2.2. Declaração promissória, auto-constatatividade e performatividade	101
2.3. Condicionalidade formativo-estrutural; discursos: monólogos e diálogos....	107
2.4. Expressividade, implicitude e negatividade aparente	116
2.5. Intervenientes.....	121
2.5.1. Pluralidade subjetiva: identidades múltiplas	121
2.5.2. Locutário, alocutário; declarante, declaratório; promitente, promissário	122
2.5.3. Beneficiário e promissário; a propósito, o contrato a favor de terceiro .	123
2.5.4. Representação plena e figuras afins	134
2.5.5. Auto-promessas	140
2.5.6. O problema da sinceridade	146
2.6. O ato prometido	159
2.6.1. Generalidades	159
2.6.2. Atos positivos e atos negativos.....	160
2.6.3. Ato prometido como ato pessoal	161
2.6.4. Ato prometido como ato futuro e incerto	164
2.6.5. Ato prometido como ato desejado	169
 CAPÍTULO III - A PROMESSA UNILATERAL COMO FONTE DAS OBRIGAÇÕES NO DIREITO CIVIL.....	178
1. Tipicidade e atipicidade da promessa unilateral	178
1.1 o problema do princípio da tipicidade	178
1.2. Consequências e implicações	188
2. Análise casuística	192
2.1. Reconhecimento de dívida e promessa de cumprimento.....	192
2.1.1. Enquadramento	192
2.1.2. Reconhecimento de dívida.....	194
a. Estrutura declarativa e conteúdo semântico.....	194
b. O reconhecimento negativo de dívida e o negócio remissivo	198
2.1.3. Promessa de cumprimento	204
a. Enquadramento do problema	204
b. A propósito: o cumprimento como elemento do ato prometido	207
c. Inanidade, accertamento e causa presumida.....	211
d. Reformulação.....	215
2.1.4. Síntese.....	223
2.2. Promessa Pública	224
2.2.1. Enquadramento	224
2.2.2. Antecedentes históricos e panorama de direito comparado.....	225
2.2.3. O problema da estrutura formativo-discursiva	230

2.2.4. Funções significativas.....	238
2.2.5. Elementos da fatispécie	243
a. Beneficiário (<i>quivis ex populo</i>) e a “indeterminação” como paradigma fixo	243
b. Intencionalidade e cognoscibilidade: relação funcional e relevância supletiva.....	255
c. Publicidade no processo formativo.....	257
d. O ato prometido	262
e. O facto e a situação	265
2.2.6. Prazo, revogação e renúncia	277
2.2.7. Cooperação intersubjetiva	291
2.2.8. O aperfeiçoamento e a consolidação da relação obrigacional	293
2.2.9. Concurso público	302
3. Outras fontes; remissão.....	305
 CAPÍTULO IV - PROMESSA UNILATERAL E AUTONOMIA PRIVADA.....	 307
1. Promessa unilateral e sociedade: uma inevitabilidade humana num sistema descrente.....	307
2. Revisitando o problema da tipicidade	311
2.1. Identificação de argumentos justificativos de um regime-exceção	311
2.2. Desconstrução crítica.....	315
3. Proposta.....	345
 SÍNTESE CONCLUSIVA	 350
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	361
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	393
RESUMO.....	396

